Copyright Board
Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur
Canada

Collective Administration in Relation to Rights Under Sections 3, 15, 18 and 21

Copyright Act, ss. 66.51 and 70.15(1)

File: Reprographic Reproduction, 2011-2013

INTERIM STATEMENT OF ROYALTIES TO BE COLLECTED BY ACCESS COPYRIGHT FOR THE REPROGRAPHIC REPRODUCTION, IN CANADA, OF WORKS IN ITS REPERTOIRE

(Post-Secondary Educational Institutions – 2011-2013)

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

Mr. Justice William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mrs. Jacinthe Théberge

Date of Decision

December 23, 2010

Date of Reasons

March 16, 2011

Gestion collective relative aux droits visés aux articles 3, 15, 18 et 21

Loi sur le droit d'auteur, art. 66.51 et 70.15(1)

Dossier : Reproduction par reprographie, 2011-2013

TARIF PROVISOIRE DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR ACCESS COPYRIGHT POUR LA REPRODUCTION PAR REPROGRAPHIE, AU CANADA, D'ŒUVRES DE SON RÉPERTOIRE

(Établissements d'enseignement postsecondaires – 2011-2013)

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

M. le juge William J. Vancise
M[e] Claude Majeau
M[e] Jacinthe Théberge

Date de la décision

Le 23 décembre 2010

Date des motifs

Le 16 mars 2011

Ottawa, March 16, 2011

File: Reprographic Reproduction, 2011-2013

Reasons for the Decision

I. INTRODUCTION

[1] On March 31, 2010, the Canadian Copyright Licensing Agency ("Access Copyright" or "Access") filed pursuant to section 70.14 of the *Copyright Act*[1] a proposed statement of royalties for the reprographic reproduction, in Canada, of works in its repertoire by post-secondary educational institutions ("Institutions") and persons acting under their authority. The proposal was published in the *Canada Gazette* on June 12, 2010, with a notice advising prospective users and their representatives of their right to object. One hundred and one persons and Institutions filed timely objections. Doubts were raised as to whether some were objectors within the meaning of the *Act*. None of them however are relevant to the disposition of this matter.

[2] On October 13, 2010, Access applied pursuant to section 66.51 of the *Act* for an interim decision. It asked that starting January 1, 2011 and until the Board certifies a tariff in the above-referenced proceedings, (the "Gap Period") the existing licensing regime continue to apply, with some exceptions outlined below. Access sent a copy of the application to all of its current licensees and their representative associations as well as to some Institutions that currently operate without a licence.

[3] On November 25, 2010, the Board ruled that 17 persons and Institutions (collectively the "Objectors") could participate in these proceedings as objectors or intervenors with full participatory rights to oppose the proposed

Ottawa, le 16 mars 2011

Dossier : Reproduction par reprographie, 2011-2013

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

[1] Le 31 mars 2010, la *Canadian Copyright Licensing Agency* (« Access Copyright » ou « Access ») a déposé, conformément à l'article 70.14 de la *Loi sur le droit d'auteur*,[1] un projet de tarif des redevances à percevoir pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire par des établissements d'enseignement postsecondaires (« établissements ») et des personnes relevant de leur autorité. Le projet a été publié dans la *Gazette du Canada* le 12 juin 2010, avec un avis informant les utilisateurs éventuels et leurs représentants de leur droit de s'y opposer. Cent un établissements et personnes ont fait opposition dans le délai imparti. Des doutes ont été soulevés quant à savoir si certains étaient des opposants tels que définis dans la *Loi*. Aucun toutefois n'est pertinent quant à l'issue de la présente demande.

[2] Le 13 octobre 2010, Access a déposé, conformément à l'article 66.51 de la *Loi*, une demande de décision provisoire. Elle demandait qu'à compter du 1er janvier 2011 et jusqu'à ce que la Commission homologue un tarif définitif dans le cadre de la présente affaire (la « période intermédiaire »), le régime de concession de licence en vigueur continue de s'appliquer, sauf quelques exceptions exposées plus loin. Access a envoyé une copie de la demande à tous ses titulaires de licence, aux associations qui les représentent et à certains établissements ne détenant pas de licence.

[3] Le 25 novembre 2010, la Commission a statué que 17 de ces personnes et établissements (collectivement les « opposants ») pouvaient participer aux procédures à titre d'opposants ou d'intervenants avec plein droit de participation

statement of royalties; of those, a majority had not received a copy of the application for an interim decision. On November 26, all Objectors received a copy of the application and were given until December 6, 2010 to respond to it. That deadline was extended twice.

[4] On December 8, the Board reminded participants that dealing with the application would require it to address, at a minimum, four questions or sets of questions that logically flow from such application.

1) Should the Board grant Access Copyright's application for an interim decision?

2) If the Board decides to issue an interim decision, what form should that decision take?

3) If the Board decides to issue an interim decision, what should the substantive content of the decision be? Access proposes maintaining what it refers to as the *status quo*, with additional, potential uses being allowed at no additional cost. Does the proposal achieve what it purports to achieve? Is that what the interim decision should indeed achieve? If not, what else?

4) Once the content or substance of the decision has been determined, does the proposed text reflect that substance or content and if not, how should it be modified?

[5] Objectors were asked to file their submissions on the first question by December 10, 2010, and one week later for the remainder. Access was granted five days to reply in each case, so that its final submissions were received on December 22, 2010.

pour faire opposition au projet de tarif; parmi eux, une majorité n'avait pas reçu une copie de la demande de décision provisoire. Le 26 novembre, tous les opposants en ont reçu une copie et ils devaient y répondre avant le 6 décembre 2010. Cette date limite a été reportée à deux reprises.

[4] Le 8 décembre, la Commission rappelait aux participants que l'examen de la demande l'obligerait à répondre à au moins quatre questions ou groupes de questions qui découlent logiquement d'une telle demande.

[TRADUCTION]

1) La Commission devrait-elle accueillir la demande de décision provisoire d'Access Copyright?

2) Si la Commission décide de rendre une décision provisoire, quelle forme cette décision devrait-elle prendre?

3) Si la Commission décide de rendre une décision provisoire, quel en devrait être le fond? Access propose de maintenir ce qu'elle appelle le *statu quo*, tout en autorisant d'autres utilisations potentielles sans frais additionnel. La proposition réalise-t-elle cet objectif? La décision provisoire devrait-elle viser ce même objectif? Sinon, que devrait-elle accomplir?

4) Une fois que le contenu ou le fond de la décision a été déterminé, le texte proposé le reflète-t-il, et sinon, quelles modifications devraient être apportées?

[5] Les opposants devaient déposer leurs observations sur la première question avant le 10 décembre 2010, et sur le reste, une semaine plus tard. Dans chaque cas, Access avait cinq jours pour répondre de sorte que ses dernières observations furent déposées le 22 décembre 2010.

[6] Access described the object of its application as "(1) to preserve the *status quo* for 'notice, record keeping, payment, auditing and sampling' in the Existing Agreements (as that term is defined in the Interim Application); and (2) to provide for the uses described in the Proposed Tariff."[2] This would authorize, at no immediate cost, a variety of digital uses that are not currently licensed. The intention was to alleviate the confusion expressed by some Institutions about their ability to make digital uses during the Gap Period. The extension of the interim tariff to digital uses would attract no additional reporting requirements.

[6] Access a décrit l'objet de sa demande de la façon suivante : [TRADUCTION] « (1) préserver le *statu quo* en ce qui a trait "aux avis, à la tenue des dossiers, aux paiements, à la vérification et à l'échantillonnage" dans les ententes en vigueur (au sens où ce terme est défini dans la demande de décision provisoire); (2) prévoir les utilisations décrites dans le projet de tarif ».[2] Cet énoncé autoriserait, sans aucun frais immédiat, différentes utilisations numériques qui ne font pas actuellement l'objet d'une licence. Access cherchait ainsi à dissiper la confusion de certains établissements à l'égard de leur capacité à faire des utilisations numériques pendant la période intermédiaire. La possibilité d'appliquer le tarif provisoire aux utilisations numériques n'imposerait aucune autre exigence additionnelle en matière de rapport.

[7] Access argued that an interim decision was needed to avoid disruption, legal uncertainty and other deleterious effects due to the length of the proceedings. Before applying for an interim decision, Access sought agreements to extend the application of existing licences on an interim basis during the Gap Period. It approached the Association of Universities and Colleges of Canada ("AUCC") and the Association of Canadian Community Colleges ("ACCC") with no success. Access then contacted each Institution individually. Less than one hundred, representing 1.5 per cent or so of Access revenues from the post-secondary educational sector, signed that interim agreement. According to Access, maintaining the existing arrangements would avoid disrupting a relationship that has existed since 1994, would avoid jeopardizing infrastructures set up to facilitate the efficient conduct of that relationship, would avoid a potentially disruptive interruption of revenue flow and would confirm that Institutions who wish to continue to use the repertoire can legally do so until the Board certifies a final tariff. An interim decision would cause no prejudice to the Institutions; it would merely require them to continue to act as they had agreed to in the past.

[7] Access a fait valoir qu'il fallait rendre une décision provisoire pour éviter tout bouleversement, incertitude juridique et autre effet néfaste dû à la longueur des procédures. Avant de déposer une demande de décision provisoire, Access a cherché à conclure des ententes pour étendre, à titre provisoire, l'application des licences en vigueur pendant la période intermédiaire. Elle s'est adressée à l'Association des universités et collèges du Canada (« AUCC ») et à l'Association des collèges communautaires du Canada (« ACCC »), mais en vain. Access a ensuite communiqué avec chaque établissement. Moins de cent, représentant environ 1,5 pour cent des revenus d'Access provenant du secteur de l'enseignement postsecondaire, ont signé cette entente provisoire. Selon Access, maintenir les ententes en vigueur éviterait de perturber une relation établie depuis 1994 et de mettre en péril les infrastructures mises en place pour faciliter le bon déroulement de cette relation. La mesure éviterait les possibles conséquences négatives d'une interruption des flux de revenus et confirmerait que les établissements qui souhaitent toujours utiliser le répertoire peuvent le faire légalement jusqu'à ce que la Commission homologue un tarif définitif. Une décision provisoire ne porterait pas préjudice aux

établissements; elle les obligerait simplement à continuer d'agir comme ils l'avaient convenu dans le passé.

[8] Ten of the 17 Objectors opposed the application on a number of grounds raising similar issues. First, the Board lacks jurisdiction to issue an interim tariff in the circumstances of this case. Second, the conditions for issuing an interim decision have not been met; for example, Access has not demonstrated it will suffer any deleterious effects if no interim tariff is adopted. Third, this is not an appropriate case for issuing such a decision. Access is the author of its own misfortune in so far as any negative consequences may result, having refused to conduct good faith negotiations and insisted on moving from a voluntary, market-based licensing scheme to a mandatory tariff regime. Fourth, the remedy sought by Access does not preserve the *status quo*.

[8] Dix des 17 opposants ont fait opposition à la demande en invoquant un certain nombre de motifs qui soulèvent des questions semblables. Premièrement, la Commission n'a pas compétence pour établir un tarif provisoire dans les circonstances de l'espèce. Deuxièmement, les conditions pour qu'une décision provisoire soit rendue ne sont pas remplies; par exemple, Access n'a pas démontré qu'elle subira des effets préjudiciables si un tarif provisoire n'est pas adopté. Troisièmement, il ne convient pas en l'espèce de rendre une telle décision. Access est responsable de son propre malheur dans la mesure où tout effet préjudiciable est attribuable au fait qu'elle a refusé de mener de bonne foi des négociations et a insisté pour passer d'un régime volontaire de concession de licence fondé sur le marché à un régime tarifaire obligatoire. Quatrièmement, la mesure recherchée par Access ne préserve pas le *statu quo*.

[9] On December 23, 2010, we issued the following decision.

> [1] The October 13, 2010 application by Access Copyright for an interim decision is granted. The interim tariff will apply from January 1, 2011 until the earlier of December 31, 2013 and the date a final tariff is certified in these proceedings. The interim tariff tracks the wording of the Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC) model licence to the extent possible.
>
> [2] The purpose of the interim tariff is to achieve the following main objectives:
>
> – to provide certainty to targeted institutions by informing them now of what they may or may not do in using the repertoire of Access Copyright

[9] Le 23 décembre 2010, nous avons rendu la décision suivante :

> [1] La demande de décision provisoire présentée le 13 octobre 2010 par Access Copyright est accueillie. Le tarif provisoire s'appliquera à compter du 1er janvier 2011 et restera en vigueur jusqu'au 31décembre 2013 ou, s'il survient auparavant, jusqu'au jour de l'homologation du tarif définitif dans la présente instance. Le tarif provisoire reprend, dans la mesure du possible, le libellé de la licence-type de l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC).
>
> [2] Le tarif provisoire vise les principaux objets suivants :
>
> – Rassurer les établissements ciblés en les informant dès maintenant des façons dont ils pourront ou non utiliser le répertoire d'Access Copyright en vertu

pursuant to the interim tariff starting January 1, 2011;

- to maintain the *status quo* to the extent possible. The indemnity provisions are maintained. Payment and reporting schedules reflect existing agreements. Institutions have the option of dealing with Access Copyright only for uses already targeted in those agreements;

- to allow targeted institutions to make digital copies pursuant to the interim tariff, but only if they so elect;

- to make it clear that since Access Copyright's proposed tariff does not target musical works, institutions cannot rely on the interim tariff to copy musical works;

- to confirm that institutions that do not require a licence from Access Copyright are not required to deal with it, whether pursuant to the interim tariff or otherwise.

[3] Pursuant to section 66.71 of the *Copyright Act*, the Board orders Access Copyright to post this decision, the interim tariff and the version tracking the differences between the interim tariff and the AUCC model licence on its website, and to prominently post hyperlinks to these documents on its Home page. The Board also orders Access Copyright to send these documents by email if possible, and by hand, postage paid mail or fax if not, to any institution targeted in the interim tariff that Access Copyright licensed, at any time in 2010, for any use targeted in its proposed tariff.

du tarif provisoire à compter du 1er janvier 2011;

- Maintenir le *statu quo*, dans la mesure du possible. Les dispositions relatives à l'indemnisation sont maintenues. Les échéances de paiement et de rapport correspondent à ce qui figure dans les ententes en vigueur. Les établissements peuvent choisir de traiter avec Access Copyright uniquement pour les utilisations déjà visées dans ces ententes;

- Permettre aux établissements ciblés de faire des copies numériques en vertu du tarif provisoire, mais uniquement s'ils le choisissent;

- Indiquer clairement que les établissements ne peuvent se fonder sur le tarif provisoire pour copier des œuvres musicales puisque le projet de tarif présenté par Access Copyright ne vise pas ces œuvres;

- Confirmer que les établissements qui n'ont pas besoin d'une licence délivrée par Access Copyright n'ont pas à traiter avec elle, en vertu du tarif provisoire ou autrement.

[3] En vertu de l'article 66.71 de la *Loi sur le droit d'auteur*, la Commission ordonne à Access Copyright d'afficher sur son site Web la présente décision, le tarif provisoire et la version dans laquelle les différences entre le tarif provisoire et la licence-type de l'AUCC sont indiquées, et d'afficher de manière bien visible des hyperliens vers ces documents sur sa page d'accueil. La Commission ordonne également à Access Copyright de transmettre ces documents si possible par voie électronique, sinon en mains propres, par courrier affranchi ou par télécopieur aux établissements ciblés dans le tarif provisoire qui ont été titulaires d'une licence d'Access

Copyright, en tout temps en 2010, relativement à toute utilisation visée par le projet de tarif.

[4] The interim tariff, as any interim measure, may be modified or replaced at any time, on application. Since this tariff is being issued even though its provisions would benefit from fuller discussion, participants wishing to propose immediate changes are asked to file an application to that effect no later than on Friday, January 21, 2011. Other participants will have until Friday, February 4 to respond. Replies shall be filed no later than on Friday, February 11. Further applications to vary the interim tariff will be considered as required.

[4] Le tarif provisoire, comme toute mesure provisoire, peut être modifié ou remplacé en tout temps, sur demande. Ce tarif étant publié sans le bénéfice d'une analyse plus approfondie, les participants qui désirent proposer immédiatement des changements sont invités à déposer une demande à cet égard au plus tard le vendredi 21 janvier 2011. Les autres participants auront jusqu'au vendredi 4 février pour répondre. Les répliques doivent être déposées au plus tard le vendredi 11 février. D'autres demandes de modification du tarif provisoire seront examinées au besoin.

[5] This decision is being issued without reasons because the Board considers this matter to be urgent. Reasons will follow.

[5] La présente décision est publiée sans motifs parce que la Commission estime qu'il y a urgence. Des motifs suivront ultérieurement.

[10] The following are the reasons for our decision.

[10] Voici les motifs de notre décision.

II. Principles

II. Principes

[11] The leading authority on the nature and purpose of interim orders remains *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*.[3] Mr. Justice Gonthier speaking for the Court, stated:

[11] L'arrêt-clé sur la nature et l'objet des ordonnances provisoires demeure *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*.[3] Le juge Gonthier, au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit :

> Traditionally, such interim rate orders dealing in an interlocutory manner with issues which remain to be decided in a final decision are granted for the purpose of relieving the applicant from the deleterious effects caused by the length of the proceedings. Such decisions are made in an expeditious manner on the basis of evidence which would often be insufficient for the purposes of the final decision. The fact that an order does not make any decision on the merits of an issue to be settled in a final decision and the fact that its purpose is to provide temporary relief against

> Traditionnellement, les ordonnances tarifaires provisoires qui traitent de manière interlocutoire de questions devant faire l'objet d'une décision finale sont accordées pour éviter que le requérant ne subisse les effets néfastes de la longueur des procédures. Ces décisions sont prises rapidement à partir d'éléments de preuve qui seraient souvent insuffisants pour rendre une décision finale. Le fait qu'une ordonnance ne porte pas sur le fond d'une question devant être traitée dans une décision finale et le fait qu'elle ait pour objet d'accorder un redressement temporaire

the deleterious effects of the duration of the proceedings are essential characteristics of an interim rate order.[4]

[12] Over the years, the Board has developed a number of principles in dealing with applications for interim decisions. These principles reflect Gonthier J.'s succinct propositions. They can be stated as follows.

[13] An interim decision serves above all to counteract the negative consequences caused by the length of the proceedings.[5]

[14] An interim decision may be issued to prevent a legal vacuum. A vacuum or void exists when someone uses a repertoire without authorization[6] or when copyright owners and users disagree on the need for a licence.[7] Ensuring that what may be in breach of copyright definitely not be so, thereby avoiding that a collective be compelled to resort to lengthy and costly legal proceedings, may in itself justify issuing an interim decision.[8]

[15] An interim decision may be issued if the main application is not plainly without merit; there is no need to demonstrate, *prima facie* or otherwise, that the main application is likely to succeed.[9]

[16] Interim decisions are made expeditiously on the basis of evidence often insufficient for the purposes of the final decision, and even in the absence of any evidence. The Board may ask for evidence, and will tend to if the application seeks to modify the *status quo*.[10]

[17] Balance of convenience is taken into account in deciding whether to issue an interim decision and if so, what it should contain.[11]

contre les effets néfastes de la longueur des procédures constituent des caractéristiques fondamentales d'une ordonnance tarifaire provisoire.[4]

[12] Au fil des années, la Commission a élaboré un certain nombre de principes pour examiner les demandes de décisions provisoires. Ces principes, qui reflètent les brèves propositions du juge Gonthier, peuvent être résumés comme suit.

[13] Une décision provisoire sert avant tout à éviter les effets néfastes de la longueur des procédures.[5]

[14] Une décision provisoire peut servir à éviter les vides juridiques. Un tel vide existe si on utilise un répertoire sans autorisation[6] ou s'il y a un désaccord sur la nécessité d'une licence entre les titulaires du droit d'auteur et les utilisateurs.[7] Faire en sorte que ce qui semble être une violation du droit d'auteur ne le soit définitivement pas, et ainsi éviter qu'une société de gestion soit forcée de recourir à des procédures judiciaires longues et coûteuses, peut en soi justifier une décision provisoire.[8]

[15] Une décision provisoire peut être rendue si la demande principale n'est pas manifestement dépourvue de fondement; il n'est pas nécessaire d'établir que, de prime abord ou autrement, la demande principale a de bonnes chances de succès.[9]

[16] Une décision provisoire est prise rapidement à partir d'éléments de preuve qui seraient souvent insuffisants pour rendre une décision finale, et même en l'absence de toute preuve. La Commission peut demander le dépôt d'une preuve, et elle aura tendance à le faire si la demande cherche à modifier le *statu quo*.[10]

[17] La prépondérance des inconvénients est prise en considération au moment de décider s'il convient de rendre une décision provisoire et, le cas échéant, ce qu'elle devrait contenir.[11]

[18] An interim decision should focus not on what may be later, but on what is certain now.[12]

[19] An interim tariff will not be issued merely to avoid a collective having to use other income to fund proceedings of first impression.[13]

[20] Generally, the best way to achieve the purposes of an interim decision is to maintain the *status quo* while preventing a legal vacuum. Thus, when an agreement exists between the parties, it is generally preferable to extend that agreement on an interim basis.[14]

[21] When there is no pre-existing agreement or tariff or when new uses are involved, the Board prefers to establish a symbolic interim royalty unless the context requires a different approach.[15]

[22] Generally speaking, the Board will not address in an interim decision disputes on the interpretation of previously existing provisions of an agreement.[16]

[23] An interim decision may include provisions that would be inappropriate in a final decision.[17]

[24] An interim decision does not determine the merits of any issue to be settled in a final decision. It is not an attempt to guess what the final result will be. It does not prejudge the final result.[18] That being said, the Board may refrain from making an interim decision if the risk of appearing to prejudge the issue is too great.[19]

[25] The Board can substitute a further interim decision to another if the circumstances so warrant.[20]

[18] Une décision provisoire se fonde non pas sur ce qui pourrait être éventuellement, mais sur ce qui est certain maintenant.[12]

[19] Un tarif provisoire ne sera pas établi simplement pour éviter qu'une société de gestion ait à se servir d'autres revenus pour financer une procédure inaugurale.[13]

[20] En général, la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique. Par conséquent, lorsqu'il existe une entente entre les intéressés, il est généralement préférable de prolonger l'entente à titre provisoire.[14]

[21] Quand il n'existe aucune entente ni aucun tarif ou quand il est question de nouvelles utilisations, la Commission préfère établir des redevances provisoires symboliques à moins que le contexte ne justifie une approche différente.[15]

[22] De façon générale, la Commission ne traite pas, dans une décision provisoire, des mésententes sur l'interprétation de dispositions antérieures d'une entente.[16]

[23] Une décision provisoire peut contenir des dispositions qui n'auraient pas leur place dans une décision finale.[17]

[24] Lorsqu'elle rend une décision provisoire, la Commission ne statue pas sur le fond d'une question devant être examinée dans une décision finale. Il ne s'agit pas de tenter d'estimer ce que sera le résultat final. On ne préjuge pas de la décision finale.[18] Cela dit, la Commission peut s'abstenir de rendre une décision provisoire si le risque de sembler préjuger la question est trop grand.[19]

[25] La Commission peut remplacer une décision provisoire par une autre si les circonstances le justifient.[20]

[26] The Board can make interim decisions even when the *Act* provides for the automatic continuation of an existing tariff on an interim basis.[21]

III. Applying these principles to the matter at hand

[27] We granted the application of Access for the following reasons.

[28] A licensing regime allowing the Institutions to use the repertoire of Access has been in place since 1994. Since then, most if not all members of the AUCC and of the ACCC have paid royalties and reported usage pursuant to largely similar model agreements. Eleven non-affiliated Institutions have signed the ACCC model licence. The most recent versions of the model licences, whose application was always made to coincide with the academic year, became effective on September 1, 2003. Originally set to expire on August 31, 2007, they were extended twice, the last time in 2009. Access and most of the Institutions agreed to extend their term until December 31, 2010.[22] Access has negotiated similar licences with other Institutions; all expire on December 31, 2010. All licences authorize two main types of copies: those inserted in "coursepacks" [the 2(b) licence], which attract a set price per copy, and those made for general use [the 2(a) licence], which attract a set fee per year per full-time equivalent (FTE) student. Some differences exist in the rates, terms and conditions of the various licences; most are not sufficiently important to warrant discussion in the context of an interim decision.[23]

[29] An interim decision will prevent legal voids. Absent such a decision, some Institutions will use the repertoire of Access without authorization where one is needed. Access and the Objectors

[26] La Commission peut rendre des décisions provisoires même si la *Loi* prévoit un mécanisme automatique selon lequel un tarif continue de s'appliquer à titre provisoire.[21]

III. Application des principes à la présente affaire

[27] Nous avons accueilli la demande présentée par Access pour les motifs suivants.

[28] Un régime de concession de licence permettant aux établissements d'utiliser le répertoire d'Access est en place depuis 1994. Depuis, la plupart sinon tous les membres de l'AUCC et de l'ACCC ont payé des redevances et ont fait état de leurs utilisations en vertu d'accords types très similaires. Onze établissements non affiliés ont signé la licence type de l'ACCC. Les versions les plus récentes des licences types, dont l'application a toujours coïncidé avec l'année scolaire, sont entrées en vigueur le 1er septembre 2003. Elles devaient d'abord arriver à échéance le 31 août 2007, mais elles ont été prorogées à deux reprises, la dernière fois en 2009. Access et la plupart des établissements ont convenu de prolonger leur durée jusqu'au 31 décembre 2010.[22] Access a négocié des licences similaires avec d'autres établissements; elles arrivent toutes à échéance le 31 décembre 2010. Toutes les licences autorisent deux principaux types de copies : celles qui se trouvent dans un « recueil de cours » [la licence 2b)], pour lesquelles il y a un prix fixe par copie, et celles faites pour utilisation générale [la licence 2a)], pour lesquelles il y a des frais annuels fixes pour chaque élève équivalent temps plein (ETP). Il existe certaines différences dans les taux et les modalités des diverses licences, mais la plupart ne sont pas suffisamment importantes pour mériter qu'on les analyse dans le contexte d'une décision provisoire.[23]

[29] Une décision provisoire évitera les vides juridiques. Sans une telle décision, certains établissements utiliseront le répertoire d'Access sans autorisation alors qu'il en faut une. Access

disagree on whether a tariff is needed at all, even for those Institutions who intend to continue to use the relevant repertoire. This disagreement only serves to reinforce the need for an interim decision. As stated earlier, an interim decision is justified when parties disagree on the need for a licence or to avoid legal proceedings.[24]

et les opposants ne s'entendent pas sur la nécessité d'un tarif, même pour les établissements qui ont l'intention de continuer à utiliser le répertoire pertinent. Ce désaccord ne fait que renforcer la nécessité d'une décision provisoire. Tel que mentionné précédemment, une décision provisoire est justifiée quand les parties ne s'entendent pas sur la nécessité d'une licence ou pour éviter de recourir à des procédures judiciaires.[24]

[30] An interim decision will allow Institutions to continue to avail themselves of the existing licensing scheme if they so wish. It will provide certainty until the Board certifies a final tariff. It will not impose a single licensing solution; instead, it will add a tool Institutions can use to comply with their copyright obligations. Since Access secures rights on a non-exclusive basis, Institutions remain free to seek licences from others, even for their uses of the Access repertoire. As always, Institutions that do not make protected uses of that repertoire are not targeted by the decision in any event.

[30] Une décision provisoire permet aux établissements de continuer à profiter du régime de concession de licence en vigueur s'ils le veulent. Elle instaure un climat de certitude jusqu'à ce que la Commission homologue un tarif définitif. Elle n'impose pas une seule solution en matière de licence; elle ajoute plutôt un moyen que les établissements pourront utiliser pour respecter leurs obligations reliées au droit d'auteur. Comme les droits que détient Access sont non exclusifs, les établissements restent libres de libérer les droits nécessaires auprès de tiers, même pour leurs utilisations du répertoire d'Access. Comme toujours, les établissements ne se livrant pas à des utilisations protégées du répertoire ne sont pas visés par la décision.

[31] An interim decision provides another important benefit. Section 38.2 of the *Act* caps the liability of an Institution for certain protected uses of works that are not in the repertoire of Access, but only if it has signed a licence or if a tariff applies.

[31] Une décision provisoire confère un autre avantage important. L'article 38.2 de la *Loi* plafonne la responsabilité d'un établissement à l'égard de certaines utilisations protégées d'œuvres qui ne figurent pas dans le répertoire d'Access, mais seulement s'il a signé une licence ou si un tarif s'applique.

[32] The balance of convenience favours Access. Access and the Institutions have created and maintained infrastructures to facilitate the administration of the licence. Key personnel have been hired. These will remain critical to the orderly administration of the tariff when certified. Absent an interim decision, these resources may be left unused or even be abandoned as unnecessary, possibly for an extended period of time. The amounts in issue are significant for Access, far less so for the Institutions. Fixed

[32] La prépondérance des inconvénients joue en faveur d'Access. Access et les établissements ont créé et maintenu des infrastructures visant à faciliter l'administration de la licence. Des employés clés ont été embauchés. Ces ressources seront toujours essentielles à la bonne administration du tarif une fois qu'il sera homologué. Sans décision provisoire, ces ressources risquent de ne pas être utilisées ou même d'être abandonnées parce que devenues inutiles, probablement pour une longue période.

royalties for all Institutions represent approximately $4 million,[25] which is barely a few ten-thousandths of their operating expenditures.[26] Yet some Institutions appear overly preoccupied with their ability to cope with any rate increase.[27] This leaves the impression that seeking payment from them at a later date may involve significant concessions on the collection of catch-up payments, were a rate increase to be imposed. All of this would be to the detriment of Access.

Les montants en jeu sont importants pour Access; ils le sont beaucoup moins pour les établissements. Les redevances fixes payables par tous les établissements représentent environ 4 millions de dollars,[25] ce qui constitue à peine quelques dix-millièmes de leurs dépenses de fonctionnement.[26] Pourtant, certains établissements semblent démesurément préoccupés par la question de savoir comment ils pourront faire face à une augmentation du taux.[27] Leur inquiétude donne l'impression que d'importantes concessions seront inévitables s'il advenait que le taux soit augmenté et qu'on impose des paiements de rattrapage. Cet exercice serait réalisé au détriment d'Access.

[33] We do not however find it necessary to consider the arguments concerning the potential impact of a cash flow interruption on the ability of Access to operate or to pursue its application for the proposed tariff.

[33] Cependant, nous n'estimons pas nécessaire d'examiner les arguments relatifs aux conséquences potentielles d'une interruption des flux de trésorerie sur la capacité d'Access d'opérer ou de mener à terme sa demande de nouveau tarif.

[34] Some Objectors emphasized the difficulties associated with having to refund royalties to past and present students were the final rates to be lower than the interim ones. None alluded to the difficulties associated with the final tariff being higher. Yet it is necessarily easier for Institutions to refund money after the fact than to collect it after the fact. It is difficult to even see the relevance of this objection by reason that under both the current arrangements and the proposed tariff the Institutions, not the students, pay the royalties.

[34] Certains opposants ont souligné les difficultés associées au remboursement des redevances aux élèves, anciens et actuels, advenant que les taux définitifs soient plus bas que les taux provisoires. Aucun n'a fait allusion aux difficultés associées au fait que les taux définitifs pourraient être plus élevés. Or, il est nécessairement plus facile pour les établissements de rembourser de l'argent après le fait que de le percevoir. Il est même difficile de voir en quoi cette prétention est pertinente parce que, tant en vertu des ententes en vigueur que du projet de tarif, ce sont les établissements, et non les élèves, qui payent les redevances.

[35] The differences between this application and requests for interim decisions in previous matters of first impression are significant. In those previous applications, there was no pre-existing relationship. Now, one exists. Previously the disputes arose concerning the very existence of protected uses. Now, long standing arrangements tend to confirm recognition on the part of the Institutions that they use the repertoire, though

[35] Les différences entre la présente demande et les demandes de décision provisoire dans les affaires inaugurales antérieures sont importantes. Dans ces demandes antérieures, il n'y avait pas de relation préexistante. Maintenant, il y en a une. Auparavant, il y avait des désaccords sur l'existence même des utilisations protégées. Maintenant, des arrangements de longue date tendent à confirmer que les établissements

the extent of that use is under dispute. Previously the collectives asked for something they had never obtained. Now, Access is asking for what the Objectors have admitted it was entitled to for all these years.[28]

[36] One of the objects of the *Act* is to ensure that rights holders get paid for protected uses of their works. Adopting an interim tariff favours this objective by providing a mechanism for royalty payments to rights holders during the Gap Period. As noted above, it does not prevent alternative arrangements such as source licensing or using works that are not in the repertoire of Access. For the Institutions, the interim tariff is an option, not an imposition.

IV. Form and substance of interim decision

[37] Access' original application appeared to be for an extension of the existing licences. This prompted AUCC to argue that the application for an interim decision amounted to an improper request to fix royalties pursuant to section 70.2 of the *Act*. We interpreted the application throughout the process leading to this decision as one for an interim decision of some sort, irrespective of its final form. What Access proposed or appeared to propose ought not to determine what that form should be. In the end, Access and most Objectors agreed that any decision granting the application of Access should be in the form of a tariff.

[38] The interim tariff, in form and substance tracks the AUCC model licence to the extent possible. On the whole, the text proposed by Access reflected earlier agreements and in fact better corresponded to the form of tariff the Board usually certifies. However, given the intent

reconnaissent utiliser le répertoire, bien que l'ampleur de cette utilisation soit contestée. Auparavant, les sociétés de gestion demandaient quelque chose qu'elles n'avaient jamais obtenue. Maintenant, Access recherche ce à quoi elle a eu droit toutes ces années, de l'admission même des opposants.[28]

[36] L'un des objectifs de la *Loi* est de faire en sorte que les titulaires de droits soient payés pour les utilisations protégées de leurs œuvres. Adopter un tarif provisoire appuie cet objectif en instaurant un mécanisme qui prévoit le paiement de redevances aux titulaires pendant la période intermédiaire. Tel que mentionné précédemment, cela n'empêche pas les établissements de s'y prendre autrement, en affranchissant les droits à la source ou en utilisant des œuvres qui ne figurent pas dans le répertoire d'Access, par exemple. Pour les établissements, le tarif provisoire est une option, pas un diktat.

IV. La forme et le fond de la décision provisoire

[37] La demande initiale d'Access semblait viser la prorogation des licences en vigueur. AUCC a alors soutenu que la demande de décision provisoire équivalait à une demande inappropriée de fixation de redevances aux termes de l'article 70.2 de la *Loi*. Durant tout le processus menant à la présente décision, nous avons interprété la demande comme une demande de décision provisoire, indépendamment de sa forme définitive. Ce que Access proposait ou semblait proposer ne devrait pas déterminer la forme. En bout de ligne, Access et la plupart des opposants ont convenu qu'une décision accueillant la demande d'Access devrait prendre la forme d'un tarif.

[38] Le tarif provisoire, dans sa forme et son contenu, suit la licence type d'AUCC dans la mesure du possible. Dans l'ensemble, le texte proposé par Access reflétait des ententes antérieures et, en fait, correspondait mieux à la forme d'un tarif habituellement homologué par la

of the decision and the apprehensions of users, we found it preferable to rely on the wording of the model licence, as unsatisfactory as it otherwise might be.

V. REVIEW AND ANALYSIS OF THE OBJECTIONS TO THE INTERIM TARIFF

[39] The Objectors raised numerous arguments in asking us to reject the application. Those concerning whether the Board can or should issue an interim decision in this instance misrepresent either the nature of the regime pursuant to which the Board operates or the facts that are relevant to the case. A few however, concern the substance of the decision and do have merits.

A) A reminder about an important principle of copyright law

[40] Under the *Act* and subject to specific exceptions, copyright owners or their agents are under no obligation to inform users of what they own or of the conditions under which they are willing to allow the use of what they own. The onus is on users to determine whether a contemplated use requires a licence and if so, to seek the copyright owner and ask for permission *before* any such use.

[41] Much of what the Objectors advanced seems to disregard this principle. To argue that a user is entitled to use a work without the permission of the copyright owner until such time as the owner seeks payment is as reasonable as stating that a person is entitled to use a telecommunication signal without the permission of the service supplying the signal until such time as the service insists on being paid.

B) An interim tariff is akin to an injunction

[42] Most Objectors sought to equate any interim decision of the Board in general, and an interim

Commission. Cependant, compte tenu de l'objet de la décision et des préoccupations des utilisateurs, nous avons jugé qu'il était préférable de nous fonder sur le libellé de la licence type, aussi insatisfaisant qu'il puisse être.

V. EXAMEN ET ANALYSE DES OPPOSITIONS AU TARIF PROVISOIRE

[39] Les opposants ont présenté divers arguments au soutien du rejet de la demande. Les arguments portant sur la question de savoir si la Commission peut ou devrait rendre une décision provisoire en l'espèce dénaturent le régime que la Commission applique ou les faits qui sont pertinents en l'espèce. Cependant, quelques-uns portent sur le fond de la décision et sont valables.

A) Rappel d'un principe important en matière de droit d'auteur

[40] En vertu de la *Loi* et sous réserve d'exceptions précises, les titulaires du droit d'auteur ou leurs agents ne sont pas tenus d'informer les utilisateurs de ce qu'ils détiennent ni des conditions en vertu desquelles ils sont disposés à en autoriser l'utilisation. Il incombe aux utilisateurs de déterminer si une utilisation envisagée nécessite une licence et, le cas échéant, de trouver le titulaire de droits et lui demander la permission *avant* d'utiliser son œuvre.

[41] Nombre des prétentions des opposants semblent ignorer ce principe. Soutenir qu'on a le droit d'utiliser une œuvre sans la permission du titulaire de droits jusqu'à ce que ce dernier cherche à se faire dédommager est aussi raisonnable que dire qu'on a le droit d'utiliser un signal de télécommunication sans la permission de celui qui le fournit jusqu'à ce que le fournisseur insiste pour être payé.

B) Un tarif provisoire s'apparente à une injonction

[42] La plupart des opposants cherchaient à assimiler une décision provisoire de la

tariff in particular, with an injunction. This is simply wrong.

[43] In matters the Board decides, interim measures are not unusual or extraordinary. They are the norm, not the exception, for what the participants referred to as the Gap Period.[29]

[44] An injunction is fundamentally different from an interim decision of the Board. An injunction prevents a person from doing what he or she would otherwise be free to do. An interim decision settles the terms according to which a person may, if he or she so wishes and without the consent of the copyright owner, make protected uses that would otherwise require a permission that can be withheld. An injunction restrains a person's freedom of action while an interim decision provides users with an option: an Institution cannot avail itself of a tariff that does not exist. By contrast, once a tariff is in place, Access has one less option: it cannot prevent an Institution from using its repertoire simply by complying with the tariff.

[45] An interim tariff does not force Institutions to pay royalties absent any evidence that they require a licence.[30] A tariff applies only to those who need the licence; those who do not, need not pay. Under the general regime, which applies in this instance, users whose consumption patterns justify different rates remain free to secure, from Access or from others, transactional or other licences that will trump the tariff.[31] The fact that the interim tariff can be modified at any time ensures that Access will display good faith in such negotiations. Any misconduct on its part would necessarily be reported to the Board, which would take it into account in any further consideration of this matter.

Commission en général, et un tarif provisoire en particulier, à une injonction. Cela est tout simplement erroné.

[43] Dans les affaires dont la Commission est saisie, les mesures provisoires ne sont pas inhabituelles ou extraordinaires. Elles sont la norme, et non l'exception, pour ce que les participants appellent la période intermédiaire.[29]

[44] Une injonction est fondamentalement différente d'une décision provisoire de la Commission. L'injonction empêche une personne de faire ce qu'elle aurait le droit de faire en temps normal. La décision provisoire détermine les conditions auxquelles une personne peut, si elle le désire et sans le consentement du titulaire de droits, se livrer à des utilisations protégées qui, normalement, nécessiteraient une permission que le titulaire n'est pas obligé d'accorder. L'injonction restreint la liberté d'action d'une personne alors que la décision provisoire donne un choix aux utilisateurs : un établissement ne peut pas se prévaloir d'un tarif qui n'existe pas. Par contre, une fois le tarif adopté, Access a un choix en moins : elle ne peut empêcher un établissement d'utiliser son répertoire dès lors qu'il se conforme tout simplement au tarif.

[45] Un tarif provisoire n'oblige pas les établissements à payer des redevances sans qu'on doive établir leur besoin d'une licence.[30] Un tarif ne s'applique qu'à ceux qui ont besoin de la licence; les autres n'ont pas à payer. Sous le régime général, lequel s'applique en l'espèce, les utilisateurs dont les habitudes de consommation justifient l'imposition de différents taux demeurent libres de se procurer, auprès d'Access ou d'autres sources, une licence transactionnelle ou autre qui aura préséance sur le tarif.[31] Le fait que le tarif provisoire puisse être modifié en tout temps garantit la bonne foi d'Access dans de telles négociations. Toute inconduite de sa part serait nécessairement signalée à la Commission, laquelle en tiendrait compte à toute étape subséquente de la présente affaire.

[46] In addition, an interim tariff does not force Institutions to prove a negative, i.e. that they do not need the tariff. In order to succeed in an action for copyright infringement, Access must first prove unauthorized uses of its repertoire in a way that is *prima facie* protected.

[47] Finally, the criteria applied in making an interim decision are not the same as those used to decide whether to issue an interim (or interlocutory) injunction. In dealing with an application for an injunction, a court assesses, among other things, the existence of a *prima facie* case and irreparable harm that could not be remedied if the decision on the merits does not accord with the injunction. The first test is not relevant to the Board's interim decisions."[I]t is not necessary for a party to demonstrate *prima facie* that the main application is likely to succeed";[32] it is sufficient that the main application is not plainly without merit, and clearly, this one is not. The second is foreign to what the Board does. Injunctions can be denied if there is no irreparable harm because if the applicant then goes on to win, the court can order the respondent to compensate the applicant for any damage caused by the respondent's actions during the proceedings.[33] The Board determines fair prices, it does not assess damages.

C) An interim tariff is mandatory

[48] Many of the Objectors' arguments presupposed that any tariff, including an interim tariff, is mandatory. The objectors do not even agree among themselves on this issue. While some argue they can function without the Access repertoire, others state that the tariff is in effect mandatory because it is impossible to "practically opt out" of it.

[46] De plus, un tarif provisoire n'oblige pas les établissements à prouver ce qui n'est pas, c.-à-d. qu'ils n'ont pas besoin du tarif. Pour avoir gain de cause dans une action pour violation du droit d'auteur, Access doit d'abord démontrer des utilisations non autorisées et de prime abord protégées de son répertoire.

[47] Enfin, les critères appliqués dans la prise d'une décision provisoire ne sont pas les mêmes que ceux utilisés pour décider s'il convient de rendre une injonction provisoire (ou interlocutoire). En examinant une demande d'injonction, le tribunal évalue notamment l'existence d'une preuve *prima facie* et d'un préjudice qui ne peut pas faire l'objet d'une réparation en cas de divergence entre la décision sur le fond et l'injonction. Le premier critère n'est pas pertinent relativement aux décisions provisoires de la Commission. « La partie [...] n'est pas obligée d'établir que, de prime abord, sa demande au fond a de bonnes chances de succès »;[32] il suffit que la demande au fond ne soit pas manifestement non fondée, et de toute évidence, la présente demande ne l'est pas. Le deuxième critère n'a rien à voir avec ce que fait la Commission. Si on peut se permettre de refuser l'injonction en l'absence d'un préjudice irréparable, c'est que le tribunal peut ordonner au défendeur de dédommager le demandeur pour le tort causé par ses actions pendant les procédures si ce dernier obtient gain de cause.[33] La Commission fixe des prix justes; elle n'évalue pas les dommages.

C) Un tarif provisoire est obligatoire

[48] Plusieurs des arguments soulevés par les opposants présument que tout tarif, y compris un tarif provisoire, est obligatoire. Les opposants ne s'entendent même pas entre eux sur cette question. Certains prétendent pouvoir fonctionner sans recourir au répertoire d'Access alors que d'autres affirment que le tarif est en fait obligatoire parce qu'il est pratiquement impossible de s'y soustraire.

[49] To a large extent, this assumption is based on the incorrect proposition that the relationship between copyright owner and user is purely contractual. As should be clear from paragraph 40, no contract is needed for a user engaged in an unauthorized protected use to be obligated to a copyright owner.

[49] Cette présomption repose en grande partie sur la fausse idée que la relation entre le titulaire du droit d'auteur et l'utilisateur est purement contractuelle. Comme il ressort clairement du paragraphe 40, aucun contrat n'est nécessaire pour que celui qui se livre à une utilisation protégée non autorisée soit assujetti à une obligation envers un titulaire du droit d'auteur.

[50] In any event, the interim tariff we adopt in this matter is not mandatory. An Institution can avoid its application by purchasing the work, negotiating a licence to copy the work with Access or its affiliates, not using any work in the repertoire of Access or engaging only in conduct exempt from liability.

[50] Quoi qu'il en soit, le tarif provisoire adopté en l'espèce n'est pas obligatoire. Un établissement peut se soustraire à son application en achetant l'œuvre, en négociant une licence de reproduction de l'œuvre avec Access ou ses affiliés, en n'utilisant pas les œuvres figurant dans le répertoire d'Access ou en s'en tenant à des conduites qui n'engagent pas sa responsabilité au titre du droit d'auteur.

D) The power to make interim decisions does not include the power to approve an interim tariff

D) Le pouvoir de rendre des décisions provisoires n'inclut pas le pouvoir d'homologuer un tarif provisoire

[51] Some Objectors argued that the Board's powers do not extend to the adoption of an interim tariff. According to them, an interim tariff exists only when the *Act* so provides. This occurs only under the SOCAN and general regimes, and only where there is a pre-existing tariff.[34] Otherwise, nowhere does the *Act* mention the power to approve a temporary tariff, and this power cannot be inferred.

[51] Certains opposants ont fait valoir que les pouvoirs de la Commission ne lui permettent pas d'adopter un tarif provisoire. Selon eux, un tarif provisoire n'existe que lorsque la *Loi* le prévoit. Cela se produit seulement dans le contexte du régime SOCAN et du régime général, et seulement quand un tarif est déjà en place.[34] Autrement, la *Loi* ne confère nullement le pouvoir d'homologuer un tarif temporaire, et ce pouvoir ne peut pas être inféré.

[52] A logical, purposive reading of the relevant statutory provision is sufficient to conclude that this argument is without merit. Section 66.51 of the *Act* provides, expressly and without imposing any constraint as to the scope of the power, that the Board may make interim decisions. An interim decision deals "in an interlocutory manner with issues which remain to be decided in a final decision".[35] In this instance, the relevant final decision is the tariff proposed by Access.[36] If the interim decision is meant to deal with issues to be addressed in the final tariff, the Board has the power to issue an interim tariff.

[52] Une interprétation logique et téléologique de la disposition législative pertinente suffit pour conclure que cet argument est sans fondement. L'article 66.51 de la *Loi* prévoit, expressément et sans réserves, que la Commission peut rendre des décisions provisoires. Une telle décision traite « de manière interlocutoire de questions devant faire l'objet d'une décision finale ».[35] En l'espèce, la décision finale pertinente est le tarif proposé par Access.[36] Si la décision provisoire a pour objet de traiter de questions devant faire l'objet d'un tarif définitif, la Commission a le pouvoir d'homologuer un tarif provisoire.

[53] A number of textual and contextual arguments serve to reinforce this conclusion. First, the evolution of the Board's powers demonstrates Parliament's intent in this regard. The power to make interim decisions was added in June 1988 at the same time as the power to vary decisions.[37] At the same time, the Board was empowered to perform four functions, three of which were new that is: to set SOCAN tariffs pursuant to subsection 68(3); to set the terms of licences pursuant to subsection 70.2(2); to change the terms of licensing agreements at the request of the Commissioner of Competition pursuant to subsection 70.6(1); and, to issue a licence for the use of a work whose copyright owner could not be located pursuant to subsection 77(1).[38] Significantly, the power to make interim decisions was set out in general terms, while the power to vary decisions specified which ones could be so varied: s. 77(1) licences were not included.

[53] Certains arguments de texte et de contexte servent à renforcer cette conclusion. Premièrement, l'évolution des pouvoirs de la Commission démontre l'intention du législateur à cet égard. Le pouvoir de rendre des décisions provisoires a été ajouté en juin 1988, au même moment que le pouvoir de modifier des décisions.[37] À cette même date, la Commission s'est vu conférer le pouvoir d'exercer quatre fonctions, dont trois nouvelles : établir les tarifs de la SOCAN en vertu du paragraphe 68(3); établir des modalités de licence en vertu du paragraphe 70.2(2); modifier les modalités des ententes de concession de licence à la demande du commissaire de la concurrence en vertu du paragraphe 70.6(1); délivrer des licences pour l'utilisation d'une œuvre dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable en vertu du paragraphe 77(1).[38] Fait important, le pouvoir de rendre une décision provisoire était énoncé en termes généraux, alors que le pouvoir de modifier une décision précisait celles qui pouvaient être modifiées : les licences délivrées en vertu du par. 77(1) n'en faisaient pas partie.

[54] Over time, Parliament empowered the Board to perform more functions. In December 1988, the retransmission regime was set up.[39] In 1994, the Board was empowered to determine a compensation when contractual arrangements are frustrated as a result of implementing the World Trade Organization (WTO) Agreement.[40] In 1997, the Board was granted the authority to perform four new functions that is: to set the remuneration for the performance or communication of sound recordings of musical works;[41] to set tariffs pursuant to the general regime at the request of the relevant collectives;[42] to set royalties for the use of radio or television broadcast programs in classrooms;[43] and, to set the private copying levy.[44] Every time, section 66.51 was not amended. Every time with one exception, section 66.52 was amended to reflect additions to the Board's mandate.[45] Clearly, Parliament's intention has consistently been that the power to make interim decisions be general

[54] Au fil du temps, le législateur a conféré à la Commission d'autres fonctions. En décembre 1988, le régime de retransmission a été créé.[39] En 1994, la Commission était habilitée à fixer une indemnité lorsque la mise en œuvre de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) rendait caducs des arrangements contractuels.[40] En 1997, la Commission a été investie du pouvoir d'exercer quatre nouvelles fonctions : fixer les tarifs pour l'exécution ou la communication d'enregistrements sonores de prestations d'œuvres musicales;[41] établir des tarifs en vertu du régime général à la demande des sociétés de gestion assujetties au régime;[42] fixer les redevances pour l'utilisation en classe d'émissions diffusées à la radio ou la télévision;[43] fixer les redevances pour les copies pour usage privé.[44] Chaque fois, l'article 66.51 est resté tel quel. Et chaque fois, à une exception près, l'article 66.52 a été modifié pour refléter l'ajout au mandat de la Commission.[45] De toute

and that the power to vary past decisions be specific.

[55] Second, the proposition that the Board cannot adopt interim tariffs would apply to the retransmission and private copying regimes. This would lead to absurd results. These regimes do not provide for the automatic continuation of existing tariffs on an interim basis, yet both were set up after section 66.51 was first adopted. If the existence and application of an interim tariff is contingent on the *Act* to clearly so provide, Parliament purposely structured these regimes so that a legal hiatus will exist every time the Board certifies a replacement tariff at a later date than that at which it takes effect. And neither regime allows right holders to be paid other than through a tariff.

[56] Third, the fact that the Board has the power to make interim decisions even in regimes where existing tariffs are continued as interim measures does not make these provisions redundant. The continuation clause does not apply to tariffs of first impression. And even where a tariff exists, section 66.51 permits a party to convince the Board that the *status quo* is unsatisfactory. That would be the case, for example, if a user and a collective agreed that the rate should be lowered, though they disagreed by how much.

[57] Professor Katz argued that the power to make interim decisions is limited to issues that are necessary and inexorably linked to the exercise of the Board's function. This proposition misapplies a decision of the Federal Court of Appeal which deals with the extent of the Board's implied powers, not the interpretation of its express powers.[46]

évidence, le législateur a toujours eu l'intention que le pouvoir de rendre des décisions provisoires soit général et que le pouvoir de modifier des décisions antérieures soit précis.

[55] Deuxièmement, l'argument voulant que la Commission ne puisse pas adopter de tarifs provisoires s'appliquerait aux régimes de retransmission et de copie privée. Cela donnerait lieu à des résultats absurdes. Ces régimes ne prévoient pas la prorogation automatique des tarifs à titre provisoire et pourtant, ils ont tous les deux été créés après l'adoption de l'article 66.51. Si l'existence et l'application d'un tarif provisoire dépendent du libellé clair de la *Loi*, le législateur a volontairement structuré ces régimes de sorte qu'il y a un vide juridique chaque fois que la Commission homologue un tarif de remplacement à une date postérieure à celle où il entre en vigueur. Ni l'un ni l'autre de ces régimes permet aux titulaires de droit d'être dédommagés autrement que par le truchement d'un tarif.

[56] Troisièmement, le fait que la Commission a le pouvoir de rendre des décisions provisoires même dans le cadre de régimes où les tarifs sont prorogés à titre provisoire ne rend pas ces dispositions redondantes. La clause de prorogation ne s'applique pas si aucun tarif n'est en place. Et même lorsqu'il y a un tarif, l'article 66.51 permet à une partie de convaincre la Commission que le *statu quo* est insatisfaisant. Ce serait le cas, par exemple, si un utilisateur et une société de gestion s'entendaient pour dire que le taux devrait être réduit, mais pas sur la mesure de cette réduction.

[57] Le professeur Katz a affirmé que le pouvoir de rendre des décisions provisoires se limite aux questions qui sont nécessairement et inexorablement liées à l'exercice de la fonction de la Commission. Cette affirmation utilise à mauvais escient une décision de la Cour d'appel fédérale portant sur l'étendue des pouvoirs implicites de la Commission, et non sur l'interprétation de ses pouvoirs exprès.[46]

[58] Some Objectors also argued that the power to make interim decisions concerned not interim tariffs or licences, but matters such as interrogatories, scheduling and admissibility of evidence. This proposition is plainly incorrect. Those powers were expressly granted to the Copyright Appeal Board on its creation.[47] This Board was also separately granted these same powers[48] at the same time as the power to issue interim decisions. The addition of section 66.51 of the *Act* cannot have been meant to address an issue that was otherwise expressly (and always) settled.

[58] Certains opposants ont aussi fait valoir que le pouvoir de rendre des décisions provisoires ne se rapportait pas aux tarifs provisoires ou aux licences, mais aux questions comme les demandes de renseignements, l'échéancier et l'admissibilité de la preuve. C'est tout à fait faux. Ces pouvoirs étaient expressément conférés à la Commission d'appel du droit d'auteur dès sa création.[47] Notre Commission s'est aussi vu conférer les mêmes pouvoirs,[48] dans une disposition distincte, en même temps que le pouvoir de rendre des décisions provisoires. L'ajout de l'article 66.51 de la *Loi* ne pouvait avoir pour objet de régler une question qui, de toujours, a été expressément réglée autrement.

E) Before an interim decision can be issued, all the procedural and substantive conditions required for the final decision must be complied with

E) Avant qu'une décision provisoire puisse être rendue, toutes les conditions procédurales et matérielles nécessaires à la décision définitive doivent être satisfaites

[59] Some Objectors argued that an interim decision must meet the same procedural and substantive tests as the final decision. That proposition is antithetical to *Bell Canada*,[49] according to which interim decisions are made in an expeditious manner on the basis of evidence which would often be insufficient for the purposes of the final decision. More importantly, the proposition would lead to patently absurd results. For example, since only a collective can file a tariff, a user targeted in an existing tariff could not request interim changes to a tariff automatically continued on an interim basis, even if those changes were obviously necessary, as is the case if the new tariff proposes lower rates for the same use. As well, before adopting an interim tariff, the Board would be required to hear and consider all objections as provided for in section 70.15 of the *Act* and other similar provisions. As a result, the Board could only issue an interim decision once in a position to issue a final decision.

[59] Certains opposants ont fait valoir qu'une décision provisoire doit satisfaire les mêmes conditions de procédure et de fond que la décision définitive. Cela contredit l'arrêt *Bell Canada*,[49] selon lequel les décisions provisoires sont prises rapidement à partir d'éléments de preuve qui seraient souvent insuffisants pour rendre une décision finale. Plus important encore, cela donnerait lieu à des résultats manifestement absurdes. Par exemple, comme seule une société de gestion peut déposer un tarif, un utilisateur visé par un tarif en vigueur ne pourrait pas demander que des modifications provisoires soient apportées à un tarif automatiquement prorogé à titre provisoire, même si ces modifications étaient évidemment nécessaires, comme c'est le cas si le nouveau tarif propose des taux réduits pour la même utilisation. En outre, avant d'adopter un tarif provisoire, la Commission serait tenue d'entendre et d'examiner toutes les oppositions tel qu'il est prévu à l'article 70.15 de la *Loi* et dans d'autres dispositions semblables. Par conséquent, la Commission ne pourrait rendre une décision provisoire que lorsqu'elle serait en mesure de rendre une décision définitive.

[60] Access is correct in stating that the procedural and substantive conditions imposed on the final decision create the context within which the interim decision is issued. Once the conditions have been complied with respect to the proposed final decision, these have not to be repeated for the interim decision.

[60] Access a raison de dire que les conditions de procédure et de fond dont est assortie la décision définitive créent le contexte dans lequel la décision provisoire est rendue. Une fois que les conditions relatives à la décision définitive proposée sont satisfaites, il n'est pas nécessaire qu'elles soient satisfaites à nouveau pour la décision provisoire.

[61] An interim decision should comply with the substantive and procedural conditions applicable to the final decision it anticipates, but only to the extent these are compatible with the intrinsic characteristics of an interim decision. For example, an interim retransmission tariff probably should apportion royalties among collectives and certainly must set a preferential rate for small systems;[50] an interim tariff for the performance of sound recordings of musical works must provide for a single payment.[51]

[61] Une décision provisoire devrait être conforme aux conditions procédurales et matérielles applicables à la décision définitive à venir, mais seulement dans la mesure où elles sont compatibles avec les caractéristiques intrinsèques d'une décision provisoire. Par exemple, un tarif provisoire de retransmission devrait probablement répartir les redevances parmi les sociétés de gestion et devrait certainement fixer un taux préférentiel pour les petits systèmes;[50] un tarif provisoire pour l'exécution d'enregistrements sonores d'œuvres musicales doit prévoir un versement unique.[51]

[62] The argument according to which a collective cannot file a proposed tariff and then propose a different interim tariff unless both are reflected in the proposed tariff is not totally without merit. An interim tariff cannot licence a use that the final tariff cannot target. This sort of limitation is best addressed not by dismissing the application altogether, but by omitting from an interim tariff provisions that it should not contain, as we do for musical works, below.

[62] L'argument voulant qu'une société de gestion ne puisse pas déposer un projet de tarif et ensuite proposer un autre tarif provisoire à moins qu'ils soient tous les deux reflétés dans le projet de tarif n'est pas totalement dénué de fondement. Un tarif provisoire ne peut pas concéder une licence pour une utilisation qui ne pourrait être visée dans le tarif définitif. Il est préférable de faire face à ce genre de limitation, non pas en rejetant la demande en entier, mais en enlevant les dispositions que le tarif provisoire ne devrait pas contenir, comme c'est le cas pour les œuvres musicales dont il est question plus loin.

F) Access filed insufficient evidence to support its application for an interim decision

F) Access n'a pas déposé suffisamment d'éléments de preuve pour étayer sa demande de décision provisoire

[63] Several Objectors complained that little evidence other than bald assertions was provided in support of the application and asked that evidence be filed in the form of affidavits on which witnesses could be cross-examined.

[63] Plusieurs opposants se sont plaints du fait que peu d'éléments de preuve, sinon de simples affirmations, aient été fournis à l'appui de la demande et ont demandé que la preuve soit déposée sous forme d'affidavits au sujet desquels des témoins pourraient être contre-interrogés.

[64] The Board is entitled to rely on any evidence it considers reliable. There is no need to further test the evidence or statements of Access for the purposes of this application, since there is no dispute about the facts relevant to the interim application such as the existence and prevalence of previous arrangements, the conditions they set and the quasi-certainty that some Institutions will continue to use the repertoire without a licence.

[65] Furthermore, an interim decision can be issued in the absence of any evidence, especially if the decision merely seeks to maintain the *status quo*.[52] To date the Board has granted every application for an interim tariff that sought to maintain the existing state of affairs. And every time an application sought to add to the *status quo*, the *status quo* was maintained, whether or not the additions were granted.[53] Even in those decisions where the Board refused to issue an interim measure, it maintained the *status quo*: in three instances, as before, no money flowed from users to the collective; in the fourth, an application to change the *status quo* was denied.[54]

[66] Granted, this is the first time the Board is asked to maintain the *status quo* in the context of an inaugural tariff filed pursuant to the general regime, in a market where previous licensing arrangements existed. This in and of itself requires using a different legal instrument (a tariff instead of a series of licences) to achieve the same result. This is not reason enough to refuse to maintain that *status quo*, especially since the existing agreements were so similar in their essence and so prevalent in the marketplace as to operate as a *de facto* tariff. The *status quo* is a matter of fact, not of form.

[64] La Commission peut se fonder sur toute preuve qu'elle juge fiable. Il n'est pas nécessaire de vérifier davantage les éléments de preuve ou les déclarations d'Access aux fins de la présente demande puisque les faits pertinents quant à cette demande (existence et prévalence d'arrangements antérieurs, conditions qu'ils établissent, quasi-certitude que certains établissements vont continuer d'utiliser le répertoire sans licence) ne sont pas contestés.

[65] De plus, une décision provisoire peut être rendue en l'absence de toute preuve, surtout si on vise simplement à maintenir le *statu quo*.[52] Jusqu'à maintenant, la Commission a accueilli chaque demande de tarif provisoire qui visait à maintenir la situation existante. Et chaque fois qu'une demande visait à ajouter des éléments au *statu quo*, le *statu quo* était maintenu, peu importe que les ajouts aient été accordés ou non.[53] Même dans les décisions où la Commission a refusé de prendre une mesure provisoire, elle a maintenu le *statu quo* : dans trois cas, comme avant, aucune somme d'argent ne passait des utilisateurs aux sociétés de gestion; dans le quatrième, une demande visant à faire modifier le *statu quo* a été rejetée.[54]

[66] Soit, c'est la première fois que l'on demande à la Commission de maintenir le *statu quo* dans le contexte d'un tarif inaugural déposé conformément au régime général, dans un marché où existaient déjà des arrangements de concession de licence. En soi, cela exige le recours à un outil juridique différent (un tarif plutôt que des licences multiples) pour atteindre le même résultat. Ce n'est pas une raison suffisante pour refuser de maintenir le *statu quo*, surtout que les ententes en vigueur étaient, de par leur essence, tellement semblables et tellement répandues sur le marché qu'elles agissaient, de fait, comme un tarif. Le *statu quo* est une question de fait, non de forme.

G) Access should provide evidence of the extent of its repertoire

[67] Most Objectors argued that setting an interim tariff without knowing exactly the works to which it will apply is both legally impossible and unfair. That proposition rests on a number of misapprehensions.

[68] The first relates to the current state of affairs. The licences the interim tariff replaces contain no detailed information about the works included in the repertoire. The repertoire is what it is. More importantly, there is no reason to believe that its nature is different today than it was, say, a year ago, when existing agreements were renewed by consent.

[69] The second pertains to the nature of any collective repertoire. It changes daily, if not hourly. Just as importantly, a repertoire contains what affiliated rights holders own, not of what they think or declare they own. Finally, while it is often possible to determine, at any point in time, if a specific work or list of works is in a repertoire, it is *never* possible to determine all that it contains. This will remain true even if a collective could legitimately claim to represent all that is protected by copyright, if only because "all that is protected by copyright" always remains indeterminate.

[70] The third reflects a misunderstanding of a basic principle of copyright already alluded to in paragraphs 40 and 41: the starting point of the user-owner relationship is the user's duty to inquire, not any owner's duty to inform.

[71] Section 70.11 of the *Act* is of no help to the Objectors in this regard. The provision requires

G) Access devrait fournir une preuve de l'étendue de son répertoire

[67] La plupart des opposants ont fait valoir que le fait d'établir un tarif provisoire sans vraiment savoir à quelles œuvres il va s'appliquer est impossible en droit et injuste. Cet argument repose sur plusieurs fausses idées.

[68] La première concerne la situation actuelle. Les licences que remplace le tarif provisoire ne contiennent aucun renseignement précis sur les œuvres figurant dans le répertoire. Le répertoire est ce qu'il est. Plus important encore, il n'y a aucune raison de croire que la situation est différente aujourd'hui de ce qu'elle était, par exemple, il y a un an, quand les ententes en vigueur ont été renouvelées sur consentement.

[69] La deuxième se rattache à la nature du répertoire d'une société de gestion. Il change tous les jours, si ce n'est à toutes les heures. Fait tout aussi important à considérer : un répertoire contient ce que détiennent les titulaires de droits affiliés, et non ce qu'ils pensent ou affirment détenir. Enfin, bien qu'il soit souvent possible de déterminer, un moment donné, si une œuvre ou un catalogue en particulier figure dans un répertoire, il n'est *jamais* possible de déterminer tout ce qui en fait partie. Cela est vrai même d'une société de gestion pouvant légitimement affirmer représenter toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur, ne serait-ce qu'à cause du fait qu'il n'est jamais possible de déterminer quelles sont « toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur ».

[70] La troisième reflète une mauvaise compréhension d'un principe fondamental en droit d'auteur que nous avons mentionné aux paragraphes 40 et 41 : le point de départ de la relation entre l'utilisateur et le titulaire est l'obligation de l'utilisateur de se renseigner, et non l'obligation du titulaire d'informer.

[71] L'article 70.11 de la *Loi* n'aide pas les opposants à cet égard. Aux termes de cette

collectives to answer within a reasonable time all reasonable requests from the public for information about their repertoire. Though included into two of the regimes the Board administers, this provision is irrelevant to what the Board does, including to making an interim decision. An interim tariff should reflect not so much what is in the repertoire as how much it is used. More importantly, the provision does not change the principle that it is for the user to inquire, not for the copyright owner to seek.

disposition, les sociétés sont tenues de répondre, dans un délai raisonnable, aux demandes de renseignements raisonnables du public concernant leur répertoire. Bien qu'elle fasse partie de deux régimes administrés par la Commission, cette disposition n'a rien à voir avec ce que fait la Commission, y compris rendre une décision provisoire. Un tarif provisoire ne devrait pas tant refléter ce que contient le répertoire que la fréquence de son utilisation. Plus important encore, cette disposition ne change pas le principe voulant qu'il incombe à l'utilisateur de se renseigner et non au titulaire du droit d'auteur d'informer.

II) Compliance with 70.17 makes an interim tariff unnecessary

[72] Section 70.17 of the *Act* provides that "no proceedings may be brought for the infringement of a right referred to in section 3, 15, 18 or 21 against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff."

[73] Some Objectors maintain that the provision is applicable whether or not a tariff has been certified. According to them, Institutions who offer *now* to pay the tariff *later*, once it has been certified, cannot be sued for copyright infringement. The combined effect of section 70.17 and of the retroactive application of any certified tariff back to January 1, 2011 would ensure that there will be no legal vacuum for those who intend to conduct their copying practices in accordance with the proposed tariff.

[74] In our view, section 70.17 sets out the parameters for the private enforcement of an *approved* tariff, interim or final. Its equivalent has existed since 1936, when the Copyright Appeal Board was created. In the SOCAN regime, that equivalent is paired with a provision setting out the collective's right to collect royalties pursuant to the tariff, making this a clear *quid pro quo*.[55] The "offer to pay" provision merely confirms that a user does not

II) La conformité à l'article 70.17 rend un tarif provisoire inutile

[72] Aux termes de l'article 70.17 de la *Loi*, « il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit prévu aux articles 3, 15, 18 ou 21 contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué. »

[73] Certains opposants soutiennent que la disposition s'applique peu importe qu'un tarif ait été homologué ou non. Selon eux, les établissements qui offrent *maintenant* de payer le tarif *plus tard*, une fois qu'il sera homologué, ne peuvent être poursuivis pour violation du droit d'auteur. L'effet combiné de l'article 70.17 et de l'application rétroactive de tout tarif homologué depuis le 1er janvier 2011 éliminerait tout risque de vide juridique pour ceux qui ont l'intention d'adopter des pratiques en matière de copie qui sont conformes au projet de tarif.

[74] À notre avis, l'article 70.17 énonce les paramètres régissant l'application d'un tarif *agréé*, définitif ou provisoire. Une disposition équivalente existe depuis que la Commission d'appel du droit d'auteur a été créée en 1936. Dans le régime SOCAN, cette disposition est combinée à une autre qui prévoit le droit d'une société de gestion de percevoir les redevances qui figurent au tarif et qui, clairement, fait office de contrepartie.[55] La disposition traitant de l'offre de

need the permission of the collective to use the repertoire as long as royalties are tendered: a refusal to accept payment becomes irrelevant. The collective is barred from suing a user who offers to pay only to the extent that the collective is entitled to collect. There can be no *quid pro quo* if the offer to pay can be made in the absence of an obligation to pay, as there can be no refusal of an offer to pay that does not come with a payment. Furthermore, how can a user comply with terms and conditions that have not been set?

payer confirme simplement qu'un utilisateur n'a pas besoin de la permission de la société de gestion pour utiliser le répertoire tant que les redevances sont offertes : un refus d'accepter le paiement n'est plus pertinent. Il est interdit à la société de gestion de poursuivre un utilisateur qui offre de payer uniquement dans la mesure où elle est en droit de percevoir ce qui doit être payé. Il n'y a pas contrepartie si l'offre de payer peut être faite en l'absence d'une obligation de payer; il n'y a pas refus d'une offre faite sans paiement. D'ailleurs, comment pourrait-on se conformer à des modalités qui n'ont pas été établies?

[75] There is a difference between the SOCAN and general regimes that is important here. In the SOCAN regime, a collective cannot proceed with an action for copyright violation if no tariff has been filed.[56] This prohibition is not found in the general regime, because a collective that is subject to the regime and does not file tariffs is still entitled to enforce compliance where its repertoire is used. This further supports the proposition that section 70.17 applies only to the extent that a payment can be made pursuant to a tariff, whether interim or final.

[75] Il y a une différence entre le régime SOCAN et le régime général qui importe en l'espèce. Selon le régime SOCAN, une société de gestion ne peut pas intenter une action pour violation du droit d'auteur si aucun tarif n'a été déposé.[56] Cette interdiction ne se trouve pas dans le régime général, car la société de gestion assujettie au régime qui ne dépose pas de tarif peut tout de même faire respecter ses droits lorsque son répertoire est utilisé. Ce principe appuie davantage la proposition selon laquelle l'article 70.17 s'applique seulement dans la mesure où un paiement peut être fait en vertu d'un tarif, qu'il soit provisoire ou définitif.

[76] This interpretation is supported by the wording of section 70.4 of the *Act*, the equivalent provision to section 70.17 in matters of arbitration. This provides that an offer to pay is a defence "[w]here any royalties are fixed". Clearly, the immunity is triggered only once the decision is issued, not before.

[76] Cette interprétation est étayée par le libellé de l'article 70.4 de la *Loi*, la disposition équivalente à l'article 70.17 en matière d'arbitrage, qui prévoit qu'une offre de payer constitue un moyen de défense dans les cas où « des redevances ont été fixées ». De toute évidence, l'immunité ne s'applique qu'une fois la décision rendue, et non avant.

[77] In any event, we agree with the Board's earlier decisions that the existence of a dispute as to the meaning of section 70.17 is in itself sufficient to create a legal void justifying the adoption of an interim tariff.[57]

[77] Quoi qu'il en soit, nous souscrivons aux décisions antérieures de la Commission selon lesquelles l'existence d'un litige quant au sens de l'article 70.17 est en soi suffisante pour créer un vide juridique justifiant l'adoption d'un tarif provisoire.[57]

[78] Finally, the fact that the final tariff may apply back to January 1, 2011 is not a sufficient

[78] Enfin, le fait que le tarif définitif puisse s'appliquer rétroactivement au 1er janvier 2011

reason in and of itself not to issue an interim tariff. To deny an application for an interim decision only on that basis would make section 66.51 of the *Act* redundant.

I) There is no legal void since copyright owners can sue for copyright infringement

[79] Some Objectors argued that as long as copyright owners can prosecute unauthorised uses, there is no reason for an interim tariff. At least one suggested that if an uncertainty exists, it should be settled by the ordinary courts in the context of an action for copyright infringement. We agree with earlier decisions of the Board that do not accept this point of view. The fact that when there is no interim tariff, a collective's only resort may be to proceed before a court of law may in and of itself justify issuing an interim decision.[58] There can be a legal void, as interpreted by the Board in its previous decisions, even where a legal recourse exists.

J) The proposal does not reflect the status quo

[80] The Objectors argue that Access seeks to change the rules of the game. To the extent this is true, the solution is not to deny the application for an interim tariff, but to ensure that our decision does reflect the *status quo* to the extent possible.

[81] One change to the *status quo* challenged by some Objectors concerned musical works. Current licences authorize the reproduction of these works. Access offered to include this use in the interim tariff. We have expressly excluded musical works from the ambit of the interim tariff, for the simple reason that the proposed tariff clearly excludes them. As a rule, the certified tariff cannot target uses that are not mentioned in the proposed tariff. If the final tariff cannot extend to musical works, the interim tariff

n'est pas une raison suffisante en soi pour ne pas rendre un tarif provisoire. Rejeter une demande de décision provisoire pour ce seul motif rendrait l'article 66.51 de la *Loi* redondant.

I) Il n'y a aucun vide juridique puisque les titulaires peuvent intenter des actions pour violation du droit d'auteur

[79] Certains opposants soutiennent que si les titulaires de droits peuvent engager des poursuites en cas d'utilisations non autorisées, il n'y a aucune raison d'adopter un tarif provisoire. Au moins un opposant prétend que si une incertitude subsiste, elle devrait être réglée par un tribunal de droit commun dans le cadre d'une action en contrefaçon. Nous souscrivons aux décisions antérieures de la Commission qui n'acceptent pas ce point de vue. Le fait qu'une société de gestion soit obligée de recourir à des procédures devant une cour de justice lorsqu'il n'y a pas de tarif provisoire peut, en soi, justifier une décision provisoire.[58] Il peut y avoir un vide juridique, au sens où les décisions antérieures de la Commission l'entendent, même si un recours juridique existe.

J) Le projet de tarif ne reflète pas le statu quo

[80] Les opposants soutiennent qu'Access cherche à modifier un état de faits. Si cet énoncé est vrai, la solution n'est pas de rejeter la demande de tarif provisoire, mais de s'assurer que notre décision reflète, dans la mesure du possible, le *statu quo*.

[81] Une des modifications apportées au *statu quo* contestée par certains opposants concerne les œuvres musicales. Jusqu'à maintenant, les licences en autorisaient la reproduction. Access a offert d'inclure cette utilisation dans le tarif provisoire. Nous avons expressément exclu les œuvres musicales de la portée de ce tarif pour la simple raison que le projet de tarif les exclut de façon expresse. Règle générale, le tarif homologué ne peut autoriser des utilisations que le projet de tarif ne permet pas. Si le tarif

should not authorize their use. In principle, this limitation of the scope of the licence could justify a drop in the FTE price. However, since we do not know the amount of royalties musical works generated under the current arrangements, we leave it to the Objectors, if they so wish, to raise the issue.

K) The status quo *would not reflect changing copying habits*

[82] Some Objectors argue that the Institutions' copying practices have changed so significantly that the Board ought to set a nominal fee. These arguments are based on conjecture[59] and prejudge the very debate that this matter is all about, something the Objectors are urging us not to do. While the advent of Internet has undoubtedly had some impact on copying practices, we cannot presume its effect on the Institutions' consumption of the relevant repertoire: just as the omnipresence of the computer did not result in the paperless office, the advent of Internet may not have resulted in the paperless Institution.

[83] What the record does show is that the Institutions maintained a relationship with Access that the interim tariff is meant to extend. All relevant agreements were renewed twice, the last time in 2009.[60] The only Institution known to us to have changed its fees on account of the decision of Access to file a tariff, the University of Western Ontario, has increased the amounts it charges students based on the assumption that the final rate will be set at $30.[61] This is clearly incompatible with a claim that the tariff rate is bound to go down.

définitif ne peut pas s'appliquer aux œuvres musicales, le tarif provisoire ne devrait pas en autoriser l'utilisation. En principe, cette restriction de la portée de la licence pourrait justifier une baisse dans le prix ETP. Toutefois, comme nous ne connaissons pas le montant des redevances générées par les œuvres musicales aux termes des arrangements actuels, nous laissons aux opposants, s'ils le souhaitent, le soin de soulever la question.

K) Le statu quo *ne refléterait pas les changements dans les habitudes en matière de copie*

[82] Certains opposants soutiennent que les pratiques des établissements en matière de copie ont tellement changé que la Commission doit fixer un prix symbolique. Ces arguments sont fondés sur des conjectures[59] et ils préjugent le débat même qui entoure la présente affaire, ce que les opposants nous demandent de ne pas faire. Bien que l'avènement d'Internet ait indubitablement eu un certain effet sur les pratiques de copie, nous ne pouvons pas présumer son effet sur la manière dont les établissements consomment le répertoire pertinent. L'omniprésence de l'ordinateur n'a pas entraîné l'émergence du bureau sans papier; l'avènement d'Internet pourrait ne pas entraîner l'émergence de l'établissement d'enseignement numérique.

[83] Le dossier démontre cependant que les établissements ont maintenu une relation avec Access que le tarif provisoire devrait prolonger. Toutes les ententes pertinentes ont été renouvelées à deux reprises, la dernière fois étant en 2009.[60] L'Université Western Ontario, le seul établissement ayant, à notre connaissance, modifié ses prix après qu'Access eut décidé de déposer un tarif, a augmenté les frais facturés aux étudiants en supposant que le taux définitif sera fixé à 30 $.[61] Cela est clairement incompatible avec la prétention que le taux tarifaire est voué à la baisse.

[84] Some Objectors did offer indications of possible shifts in compensable uses. New approaches are emerging to making published works available within Institutions. Significant amounts are being spent in acquiring the licences needed to use those approaches. Some of these expenses may well duplicate what was paid until now to Access.[62] Were the Objectors to offer some evidence of the existence and extent of some forms of double-dipping, we may consider reviewing the FTE rate.

[84] Certains opposants ont fourni des indices tendant à établir que les utilisations donnant droit à rémunération pourraient changer. On s'y prend différemment pour rendre les œuvres publiées disponibles dans les établissements. On paie cher les licences nécessaires pour adopter ces méthodes. Certaines de ces dépenses pourraient bien concerner des utilisations pour lesquelles Access était compensée jusqu'à maintenant.[62] Si les opposants fournissaient une preuve de l'existence et de l'étendue de certaines formes de double rémunération, nous réexaminerions peut-être le taux ETP.

[85] Some Objectors also raised the possibility that Bill C-32,[63] if adopted, may change radically the extent of uses for which the Institutions require a licence. That issue can be addressed if and when the proposed legislation receives royal assent.

[85] Certains opposants ont aussi soulevé la possibilité que le projet de loi C-32,[63] s'il est adopté, change radicalement l'étendue des utilisations pour lesquelles les établissements ont besoin d'une licence. Cette question pourra être examinée quand le projet de loi aura reçu la sanction royale.

[86] It was also argued that the draft interim tariff does not reflect the notion of fair dealing as interpreted by the Supreme Court of Canada in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*.[64] Fair dealing is essentially fact and context based. The Objectors' assertions are unsupported by any evidence. The existing licences were renewed twice after *CCH* was issued. Finally, any statement to the effect that *CCH* must result in a reduction in the FTE rate must be viewed against the fact that the Board decided to increase the FTE for primary and secondary schools taking full account of that decision.[65]

[86] On a aussi soutenu que le projet de tarif provisoire ne reflétait pas le concept d'utilisation équitable tel qu'interprété dans l'arrêt *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada* de la Cour suprême du Canada.[64] L'utilisation équitable s'appuie essentiellement sur les faits et le contexte. Les prétentions des opposants ne sont étayées par aucun élément de preuve. Les licences en vigueur ont été renouvelées à deux reprises après la publication de *CCH*. Enfin, toute déclaration portant que *CCH* peut donner lieu à une réduction du taux ETP doit être examinée au regard du fait que la Commission a décidé d'augmenter ce taux pour les établissements d'enseignement primaire et secondaire après avoir bien tenu compte de cet arrêt.[65]

L) Given the legal and evidentiary issues involved, issuing an interim tariff would appear to prejudge the issues

L) Compte tenu des questions de droit et de preuve soulevées en l'espèce, adopter un tarif provisoire pourrait sembler préjuger les questions en litige

[87] According to the Objectors, the evidence will show that most of the copies now made do

[87] Selon les opposants, la preuve démontrera que la plupart des copies faites aujourd'hui ne

not require an Access licence. If so, they state, an interim decision may set policy precedent on a substantive matter to be addressed at the hearings in these proceedings.

[88] An interim decision does not prejudge the final result. This is especially true of a decision that simply extends the *status quo* when, as is the case here, the facts and principles necessary to decide on the application are clear and largely uncontested. The alternative would involve a preliminary determination, without supporting evidence, that things have changed significantly, something much more likely to convey the impression that the decision-maker has formed some preliminary opinion as to the relevant facts.

[89] A similar argument suggested the Board should proceed on a conservative interpretation of the law. We reject this submission. Where it is necessary to interpret the law, the Board strives to be correct.

M) Access is the author of its own misfortune

[90] The Objectors argued that Access is largely or solely responsible for the sequence of events that led it to apply for an interim decision. It filed its proposed tariff only nine months before it was due to take effect, when it knew that these proceedings would take considerably longer and could have filed its proposal years ahead of time. They contend that Access failed to negotiate in good faith and as a result the time constraints it now seeks to invoke were all of its own making.

[91] An examination of the record reveals that the Objectors are at least as responsible as Access for the current state of affairs. After claiming that there would be ample time to negotiate a new licence, AUCC failed to discuss any element of the key features Access presented

nécessitent pas une licence accordée par Access. Si c'est le cas, affirment-ils, une décision provisoire risque d'établir un précédent de politique sur une question de fond qui doit être traitée lors de l'instruction de la présente affaire.

[88] Une décision provisoire ne préjuge pas le résultat final. Cela est particulièrement vrai si la décision prolonge simplement le *statu quo* quand, comme en l'espèce, les faits et les principes nécessaires pour se prononcer sur la demande sont clairs et pour la plupart incontestés. Pour agir autrement, il faudrait reconnaître dans une décision préliminaire, sans preuve à l'appui, que les choses ont beaucoup changé, ce qui est bien plus susceptible de donner l'impression que le décideur se soit formé une opinion préliminaire sur les faits pertinents.

[89] Suivant un argument semblable, que nous rejetons, la Commission devrait se fonder sur une interprétation conservatrice du droit. Dans les cas où il faut interpréter le droit, la Commission s'efforce d'être correcte.

M) Access est responsable de son propre malheur

[90] Les opposants ont soutenu qu'Access est la seule responsable, ou la principale responsable, de la séquence des événements qui l'ont amenée à demander une décision provisoire. Elle a déposé son projet de tarif seulement neuf mois avant qu'il entre en vigueur, alors qu'elle savait que les procédures nécessiteraient beaucoup plus de temps et qu'elle aurait pu déposer le projet des années à l'avance. Ils prétendent qu'Access n'a pas négocié de bonne foi et que, par conséquent, elle est responsable des contraintes de temps qu'elle veut maintenant invoquer.

[91] Un examen du dossier révèle que les opposants sont au moins aussi responsables qu'Access pour la situation actuelle. Après avoir dit qu'il y aurait amplement de temps pour négocier une nouvelle licence, pendant six mois AUCC n'a pas discuté des éléments essentiels

to it in October 2009 for a period of six months. Access interpreted this conduct as an invitation to file a tariff, with negotiations to follow. That interpretation was not unreasonable. AUCC and ACCC have not responded to Access' most recent entreaties since that time and have rejected all attempts to discuss how to deal with the Gap Period.

[92] To contend that Access has only itself to blame for the current situation is somewhat disingenuous. Again, from a legal perspective, it is up to the Institutions to seek out Access, not the other way around. And in any event, it takes two to tango. In this case the Institutions have refused to even walk to the dance floor. More importantly, whether Access chose to file a tariff or whether it felt compelled given the circumstances is largely irrelevant. Access has the right to seek a tariff instead of licences. The transparent exercise of a clear right is not a sign of bad faith.

[93] Apparently, some provisions of the arrangement Access proposed to deal with the Gap Period left the impression that by agreeing to the arrangement, Institutions would be abandoning certain rights. Whether or not this was so is irrelevant. Our concern is not with what Access proposed, but with what it asks us to decide. No tariff, interim or otherwise, can entail the forfeiture of the right to judicial review or of a possible Supreme Court of Canada appeal.

N) The financial reasons advanced by Access to justify the interim decision are insufficient to justify it

[94] Access claimed that the absence of a tariff would have such impact on its revenue flow as to force it to jettison key infrastructures and personnel that will still be necessary to administer the certified tariff. The Objectors

que lui a présentés Access en octobre 2009. Access a interprété ce comportement comme une invitation à déposer un tarif, quitte à négocier plus tard. Cette interprétation n'était pas déraisonnable. Depuis, AUCC et ACCC n'ont pas répondu aux plus récentes demandes d'Access et ont rejeté toute tentative de discussion se rapportant à la période intermédiaire.

[92] Prétendre qu'Access n'a qu'elle à blâmer pour la situation actuelle est quelque peu fallacieux. Encore une fois, d'un point de vue juridique, il incombe aux établissements de se renseigner auprès d'Access, et non le contraire. Quoi qu'il en soit, il est difficile de valser seul. En l'espèce, les établissements n'ont même pas rejoint la piste de danse. Bien plus, qu'Access ait choisi de déposer un tarif ou qu'elle s'y soit sentie obligée compte tenu des circonstances n'a aucune importance. Access a le droit de demander un tarif au lieu d'une licence. L'exercice transparent d'un droit clair n'est pas un signe de mauvaise foi.

[93] Il semble que certaines dispositions de l'arrangement proposé par Access pour gérer la période intermédiaire aient donné l'impression aux établissements qu'en acceptant l'arrangement, ils renonceraient à certains droits. Il importe peu de savoir si cela est vrai ou non. Ce qui nous concerne n'est pas ce qu'Access leur a proposé, mais ce qu'elle nous a demandé de décider. Aucun tarif, provisoire ou autre, ne peut entraîner la déchéance du droit au contrôle judiciaire ou d'appel devant la Cour suprême du Canada.

N) Les raisons financières invoquées par Access pour justifier la décision provisoire ne sont pas suffisantes

[94] Access a affirmé que l'absence d'un tarif aurait des répercussions sur ses revenus qui l'obligeraient à abandonner des infrastructures et employés clés qui seront nécessaires pour administrer le tarif homologué. Les opposants ont

responded that Access has other resources from which it can subsidize the current proceedings. We have already stated in paragraph 34 that our decision does not rely on this line of argument.

[95] Financial impact may be part of an analysis of balance of convenience. In this instance, such an analysis can be based on other considerations. An interim decision should focus not on what might happen or be found later, but on what is certain now.[66] What "is" now is a structure that has operated satisfactorily. While the amount of royalties is at issue, no one has yet offered any serious, supported argument that the tariff should be abandoned altogether.[67]

O) The interim application raises anti-competitive concerns

[96] That this argument is even raised is surprising, for three reasons. First, if the Access repertoire is as unimportant to the Institutions as some claim, then Access clearly is not in a position to exert monopoly power. Second, Access is not a monopoly in at least two respects. It does not represent the world repertoire and what it does is represented on a non-exclusive basis. The users remain free to deal directly with its affiliates. Third, it is now settled that the Board's mandate is not to protect users against potential abuse of monopoly power by collectives, but to maintain a balance in the relevant markets.[68] This principle is very relevant here since, as Access pointed out,[69] the Board may be confronted with a collective exertion of market power similar to that which once led the Board to protect copyright owners from the exertion of such power.[70]

répondu qu'Access a d'autres ressources qu'elle peut utiliser pour financer la présente instance. Nous avons déjà déclaré au paragraphe 34 que notre décision ne tient aucun compte de ces prétentions.

[95] Les répercussions financières peuvent être prises en considération dans le cadre d'une analyse de la prépondérance des inconvénients. En l'espèce, cette analyse peut reposer sur d'autres considérations. Une décision provisoire se fonde non pas sur ce qui pourrait arriver ou être établi éventuellement, mais sur ce qui est certain maintenant.[66] Ce qui est certain maintenant est une structure qui a bien fonctionné. Bien que le montant des redevances soit en litige, personne n'a encore présenté d'argument sérieux et étayé selon lequel le tarif devrait être carrément abandonné.[67]

O) La demande provisoire soulève des préoccupations en matière de concurrence

[96] Le simple fait que cet argument soit soulevé est surprenant, et ce, pour trois raisons. Premièrement, si le répertoire d'Access a aussi peu d'importance pour les établissements que certains le prétendent, alors Access n'est clairement pas en mesure d'exercer un pouvoir monopolistique. Deuxièmement, Access n'est pas un monopole à au moins deux égards. Elle ne représente pas le répertoire mondial et ce qu'elle représente l'est à titre non exclusif. Les utilisateurs demeurent libres de traiter directement avec ses affiliés. Troisièmement, il est maintenant établi que le mandat de la Commission n'est pas de protéger les utilisateurs contre tout abus possible du pouvoir monopolistique de la part des sociétés de gestion, mais de maintenir un équilibre au sein des marchés concernés.[68] Ce principe est très pertinent en l'espèce puisque, comme l'a indiqué Access,[69] la Commission pourrait être en présence d'un exercice collectif du pouvoir de marché semblable à celui qui l'a déjà amenée à protéger les titulaires de droits d'auteur de l'exercice d'un tel pouvoir.[70]

P) If there is a tariff, the indemnity clause should be maintained

[97] All current licences contain an indemnity clause. In effect, Access licences everything that is not in an Exclusions List, whether or not it is actually in its repertoire.[71] The proposed tariff and the draft interim tariff do not contain such a clause.

[98] Not all Objectors take the same position on the indemnity clause. AUCC, ACCC and others consider it an important part of the package. Professor Katz, on the other hand, views its disappearance as a serious breach of *status quo*, but then goes on to state that it is both outrageous and unlawful.

[99] An interim decision may contain provisions that may not find their way in the final decision.[72] The Board has already ruled that an indemnity clause is unnecessary in Access tariffs.[73] That being said, that decision is binding on no one. The issue will probably be revisited in these proceedings. To maintain the *status quo*, the indemnity clause should be included in the interim tariff. We are willing to take for granted, for the purposes of this interim decision, that the clause serves a purpose. This is one instance where we choose to reflect the wording of existing arrangements rather than interpreting them or ruling on their validity.[74]

[100] Access does not oppose the indemnity clause as long as it applies only to the types of reproductions authorized in existing licences. According to the Objectors' own evidence and arguments, the manner in which digital rights are managed may be significantly different and the extent of the digital repertoire Access administers may be considerably less. Access should not be required to warrant uses that the Objectors maintain it is not up to it to licence.

P) S'il y a un tarif, la clause d'indemnisation devrait être conservée

[97] Toutes les licences en vigueur contiennent une clause d'indemnisation. En fait, Access accorde des licences pour tout élément qui ne figure pas sur une liste d'ouvrages exclus, qu'il soit ou non dans son répertoire.[71] Le projet de tarif et l'ébauche de tarif provisoire ne contiennent pas une telle clause.

[98] Les opposants ne sont pas tous du même avis en ce qui concerne la clause d'indemnisation. AUCC, ACCC et quelques autres la considèrent comme un élément important. En revanche, le professeur Katz estime que sa disparition constitue une violation grave du *statu quo*, mais affirme ensuite que la clause est scandaleuse et illégale.

[99] Une décision provisoire peut contenir certaines dispositions qui ne se trouveront pas dans la décision définitive.[72] La Commission a déjà statué qu'une clause d'indemnisation est inutile dans les tarifs d'Access.[73] Cela dit, cette décision ne lie personne. La question sera probablement réexaminée dans les présentes procédures. Pour maintenir le *statu quo*, la clause d'indemnisation devrait figurer dans le tarif provisoire. Nous sommes disposés à tenir pour acquis, aux fins de la présente décision provisoire, que la clause est utile. Notre choix est de refléter le libellé des arrangements en vigueur plutôt que de les interpréter ou de statuer sur leur validité.[74]

[100] Access ne conteste pas la clause d'indemnisation dans la mesure où elle ne s'applique qu'aux types de reproductions autorisés dans les licences en vigueur. Selon les propres éléments de preuve et arguments des opposants, la façon dont les droits numériques sont gérés peut être bien différente et l'étendue du répertoire numérique administré par Access peut être considérablement restreinte. Access ne devrait pas avoir à garantir des utilisations pour lesquelles, selon les opposants, elle ne peut pas accorder de licence.

[101] That leaves the issue of the Exclusions List. Access should be allowed to maintain the list by reason that it cannot licence (or warrant to licence) what it has expressly been told not to.

Q) The interim tariff should not extend to digital copies

[102] Access Copyright applied to licence digital copies. It offers to include them in the interim tariff without increasing the FTE rate. Most Objectors claim that the right to make digital copies is of marginal value to Institutions. Be that as it may, since these rights are being granted at no extra fixed cost for the time being, the Institutions would not be prejudiced by being so authorized.

[103] The possibility that some, or even all, of the additional uses Access wishes to authorize in the interim tariff at no extra cost may not be protected by copyright is of little consequence, as is the possibility that Access may not "own" some of the rights. If the Objectors are right, they pay nothing for what they use. If they are wrong, they can shelter under the tariff at no extra cost. Finally, whether *all* such uses are unprotected by copyright is *prima facie* doubtful and certainly must be left to be decided at the hearing.

[104] Nevertheless, given the Institutions' reticence in this regard, and given the need to treat digital copies somewhat differently than paper copies, we decided to offer the licensing of digital copies pursuant to the interim tariff as an option to the Institutions.

R) The process was unfair

[105] Access filed its application for an interim decision on October 13, 2010. It only sent it to

[101] Reste la question de la liste des ouvrages exclus. Access a droit à son maintien au motif qu'elle ne peut accorder ou garantir une licence pour ce qui lui a été expressément interdit.

Q) Le tarif provisoire ne devrait pas s'appliquer aux copies numériques

[102] Access Copyright a présenté une demande de licence pour les copies numériques. Elle offre de les inclure dans le tarif provisoire sans augmenter le taux ETP. La plupart des opposants prétendent que le droit de faire des copies numériques revêt une importance secondaire pour les établissements. Quoi qu'il en soit, comme ces droits sont accordés sans frais fixe supplémentaire pour le moment, les établissements ne subiraient aucun préjudice par suite de cette autorisation.

[103] La possibilité que certaines des utilisations additionnelles, voire toutes, qu'Access souhaite autoriser dans le tarif provisoire sans frais supplémentaire ne soient pas protégées par le droit d'auteur importe peu, tout comme la possibilité qu'Access ne soit pas titulaire de certains de ces droits. Si les opposants ont raison, cela ne leur a rien coûté. S'ils ont tort, ils peuvent se prévaloir du tarif sans frais supplémentaire. Enfin, à première vue, nous doutons que *toutes* ces utilisations ne soient pas protégées par le droit d'auteur et il vaut certainement mieux que cette question soit tranchée à l'audience.

[104] Cependant, compte tenu de la réticence des établissements à cet égard, et du besoin de traiter les copies numériques un peu différemment des copies papier, nous avons décidé de permettre l'obtention de licences pour les copies numériques en vertu du tarif provisoire comme option aux établissements.

R) Le processus était injuste

[105] Access a déposé sa demande de décision provisoire le 13 octobre 2010. Elle l'a envoyée

Institutions, not to all 101 persons who filed timely notices of objections to the proposed tariff. On November 26 the application was sent to the 17 persons and Institutions the Board had identified one day earlier as allowed to oppose the proposed statement of royalties. Five of those had already received the application. In the end, the time allowed for Objectors to respond to the various aspects of the application once the Board put the process for its examination in motion was three weeks.[75]

[106] The Objectors complained repeatedly that the Board imposed unreasonable deadlines to respond to the application. Some also argued that the matter required an oral hearing. In their view, anything short of that involves a breach of procedural fairness.

[107] Access correctly described the parameters to be used in assessing whether the process was fair, as outlined in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*[76] and the manner in which they should be applied in this instance. The nature of the decision being made by the Board, which is to set fair royalties, does not attract the same level of fairness as determining human rights. The *Act* expressly gives the Board the power to make interim decisions, and the fact that such decisions are inherently made on the basis of an imperfect record was recognized in *Bell Canada*.[77] When we examine the importance of the decision to the parties affected, it is clear the interim decision will have little or no effect on the day to day operations of Institutions, and benefits individuals (teachers, students) whose conduct is thereby legitimized where it might otherwise be in breach of copyright. More importantly, the consequences of the decision on the Institutions are, to a large extent, within their control: they can eliminate three-quarters of their liability by not using the licence for coursepacks and any liability by not engaging in other conduct requiring an Access licence. Finally, the time afforded to the Objectors to respond to the

uniquement aux établissements, et non aux 101 personnes qui ont déposé des avis d'opposition au projet de tarif dans le délai imparti. Le 26 novembre, la demande a été envoyée aux 17 personnes et établissements que la Commission avait désignés la veille comme étant autorisés à contester le projet de tarif. Cinq d'entre eux avaient déjà reçu la demande. En bout de ligne, le délai accordé aux opposants pour répondre aux différents aspects de la demande à compter du moment où la Commission a enclenché le processus d'examen était de trois semaines.[75]

[106] Les opposants se sont plaints à maintes reprises que la Commission avait imposé des délais déraisonnables pour répondre à la demande. Certains prétendent également que l'affaire exigeait une audience. À leur avis, toute autre solution donnerait lieu à une violation de l'équité procédurale.

[107] Access a bien décrit les paramètres utilisés pour évaluer l'équité du processus, tels qu'exposés dans *Baker c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'Immigration)*,[76] et la façon dont ils devraient s'appliquer en l'espèce. La nature de la décision que doit prendre la Commission, laquelle vise à fixer des redevances justes, n'est pas assujettie au même degré d'équité qu'une décision se rapportant aux droits de la personne. La *Loi* confère expressément à la Commission le pouvoir de rendre des décisions provisoires, et le fait que ces décisions sont nécessairement prises au vu d'un dossier incomplet a été reconnu dans l'arrêt *Bell Canada*.[77] Quand on examine l'importance de la décision pour les parties touchées, il est clair que la décision provisoire aura peu ou pas d'effet sur les activités quotidiennes des établissements, et sera avantageuse pour les personnes (enseignants, étudiants) dont la conduite est ainsi légitimée alors qu'elle aurait autrement constitué une violation du droit d'auteur. Plus important encore, les établissements sont en mesure d'atténuer les conséquences de la décision : ils peuvent supprimer les trois-quarts de leur responsabilité en n'utilisant pas la licence pour

application was consistent with what most courts allow. On the other hand the time Access had to reply was significantly shorter. Furthermore, there could be no legitimate expectation by the Objectors of an oral hearing in this matter. The Board has never held an oral hearing before issuing an interim decision.

les recueils de cours et l'éliminer en entier en ne posant pas de gestes nécessitant une licence d'Access. Enfin, le temps accordé aux opposants pour répondre à la demande correspondait à ce que permettent la plupart des tribunaux. En revanche, le délai qu'a eu Access pour répondre était beaucoup plus court. De plus, les opposants ne pouvaient pas légitimement s'attendre à une audience en l'espèce. La Commission n'a jamais tenu une audience avant de rendre une décision provisoire.

[108] In addition, Access filed three further sets of documents at the request of the Board: a confirmation of the amounts payable under the interim decision it proposed; a draft interim tariff, as well as tables indicating the source for each proposed provision of the interim tariff; and, a correlation of the model licence with the proposed interim tariff, with an indication of the nature and reasons for differences between the two. These additional filings triggered requests by the Objectors for further time to respond. It may be worth repeating here what the Board stated on December 8, 2010. The draft interim tariff was not a new proposal. The only proposal of which we are seized is the application filed on October 13, 2010. Access did not change the relief requested; nor would we have allowed this to happen without giving other participants additional time to respond. The purpose of the requests for additional information was not to help us understand the terms of the application or to accommodate the inadequacy of Access Copyright's material. It was to make it easier for Objectors to understand the relationship between the text proposed by Access and the application for an interim decision. We could have left the participants to act on the sole basis of the application originally filed with the Board, which was sufficient for anyone to respond to the application and adequate for the purposes of making a decision.

[108] En outre, Access a déposé trois autres séries de documents à la demande de la Commission : une confirmation des sommes payables en vertu du tarif provisoire qu'elle a proposé; une ébauche de tarif provisoire ainsi que des tableaux indiquant la source de chaque disposition proposée; une corrélation de la licence type avec l'ébauche de tarif provisoire, avec une indication de la nature des différences entre les deux et des raisons pour ces différences. À cause de ces dépôts additionnels, les opposants ont demandé une prorogation du délai. Il vaut peut-être la peine de répéter ici ce que la Commission a déclaré le 8 décembre 2010. Le projet de tarif provisoire ne constituait pas une nouvelle demande. La seule demande dont nous sommes saisis en l'espèce est celle déposée le 13 octobre 2010. Access n'a pas modifié le recours demandé et d'ailleurs, nous ne l'aurions pas autorisée à le faire sans accorder plus de temps aux autres participants pour répondre. Nos demandes de renseignements additionnels ne visaient pas à nous aider à comprendre les modalités de la demande ou à corriger l'insuffisance des documents d'Access Copyright; elles visaient à rendre la compréhension du lien entre le texte proposé par Access et la demande de décision provisoire plus facile pour les opposants. Nous aurions pu laisser les participants répondre simplement à la demande initialement déposée auprès de la Commission, laquelle suffisait pour qu'ils puissent le faire et pour que nous prenions une décision.

[109] The participants had ample opportunity to comment on whether the application of Access

[109] Les participants ont eu amplement le temps de se prononcer sur la question de savoir si la

should be granted and if so, what form it should take and what it should contain. Since any interim decision is *per se* open to modification, any further issues about the content and wording of the interim tariff can be addressed at any time by bringing the question to the attention of the Board.

S) There is no urgency

[110] The Objectors argued that there was no urgency in the matter. We disagree. Clearly, there is uncertainty that will put in doubt what Institutions can or cannot do. This uncertainty must be resolved so that Institutions have clear options. These options must be in place before Institutions, staff and students make unlicensed protected used of the relevant repertoire.

V. OTHER ISSUES

[111] The Objectors raised many other issues. Some are plainly misguided. Others appear to be of little or no relevance either of themselves or as a result of our decision to model the interim tariff on the existing licences. Here are number of them, in no particular order.

[112] *The proposed interim tariff imposes restrictions unwarranted by copyright law.* It is implicit in any tariff that it does not licence what need not be licensed. Nevertheless, since this appears to be unclear to so many, the tariff's Note to readers restates this otherwise trite principle.

[113] *Access cannot sue for copyright infringement in its own name.* This argument is based on the nature of the relationship between Access and its affiliates. We fail to see its relevance to the matter at hand. Standing before a court is a matter for that court, not for us.

demande d'Access devrait être accueillie et, le cas échéant, la forme qu'elle devrait prendre et ce qu'elle devrait contenir. Comme toute décision provisoire est en soi susceptible de modifications, toute autre question concernant le contenu et le libellé du tarif provisoire peut être abordée à tout moment en la portant à l'attention de la Commission.

S) Il n'y a pas d'urgence

[110] Les opposants ont soutenu qu'il n'y avait pas d'urgence en l'espèce. Nous ne sommes pas d'accord. Il y a clairement une incertitude qui mettra en doute ce que les établissements peuvent ou ne peuvent pas faire. Cette incertitude doit être dissipée pour que les établissements aient des options claires. Ces options doivent être en place avant que les établissements, les employés et les étudiants fassent des utilisations protégées du répertoire pertinent sans licence.

V. AUTRES QUESTIONS SOULEVÉES

[111] Les opposants ont soulevé plusieurs autres questions. Certaines sont tout simplement malavisées. D'autres semblent peu ou pas pertinentes en soi, ou en raison de notre décision de baser le tarif provisoire sur les licences en vigueur. En voici quelques-unes, sans ordre particulier.

[112] *Le projet de tarif provisoire impose des restrictions injustifiées par la législation sur le droit d'auteur.* Il est sous-entendu dans tout tarif qu'il n'accorde pas de licence à celui qui n'en a pas besoin. Néanmoins, comme cela semble obscur pour plusieurs, cette évidence est réitérée dans les Notes au lecteur.

[113] *Access ne peut pas intenter une action pour violation du droit d'auteur en son propre nom.* Cet argument est fondé sur la nature du lien entre Access et ses affiliés. Nous ne voyons pas sa pertinence en l'espèce. La capacité d'ester devant un tribunal relève de ce dernier, et non de la Commission.

[114] *By operation of section 70.191, the Act does not allow for the simultaneous application of tariffs and licenses: the collective must choose between a mandatory or voluntary regime.* This statement misrepresents the provision. If, as this section provides, licences trump tariffs, both must be allowed to co-exist in the same market.

[114] *Par application de l'article 70.191, la Loi ne permet pas de déposer simultanément une demande de tarif et une demande de licence : la société de gestion doit choisir entre un régime obligatoire ou volontaire.* Cette affirmation dénature la disposition. Si, comme le prévoit cet article, la licence a préséance sur le tarif, ils doivent pouvoir coexister dans le même marché.

[115] *Absent an interim tariff, Institutions wishing to obtain an interim licence, if unable to agree with Access on its terms, may apply to the Board to arbitrate the terms of the interim licence.* This is incorrect. The licences the Board issues pursuant to subsection 70.2(2) of the *Act* are final licences. Interim decisions, including interim licences, are issued pursuant to section 66.51. The Board can only be asked to set the terms of an interim licence if arbitration for a final licence has been applied for.

[115] *En l'absence d'un tarif provisoire, les établissements qui désirent obtenir une licence provisoire, à défaut de s'entendre avec Access sur les modalités, peuvent demander à la Commission d'arbitrer les différends relatifs aux modalités de la licence provisoire.* Cela est faux. Les licences délivrées par la Commission en vertu du paragraphe 70.2(2) de la *Loi* sont finales. Les décisions provisoires, y compris les licences provisoires, sont rendues en vertu de l'article 66.51. On ne peut demander à la Commission de fixer les modalités d'une licence finale que si l'arbitrage d'une licence finale a été demandé.

[116] *The tariff presumes that Institutions will violate copyright.* The Board does not approve tariffs to prevent infringements, but to set the terms under which users can use a repertoire if they so wish. The Institution that does not "violate copyright" simply can abstain from complying with the tariff.

[116] *Le tarif tient pour acquis que les établissements violeront le droit d'auteur.* La Commission n'approuve pas les tarifs pour empêcher des violations, mais pour fixer les modalités en vertu desquelles les utilisateurs peuvent utiliser un répertoire s'ils le désirent. L'établissement qui ne viole pas le droit d'auteur peut simplement s'abstenir de se conformer au tarif.

[117] *The Board cannot force upon an unwilling user the continuation of a voluntary agreement when the agreement expires.* This statement is wrong in at least two respects. First, it supposes that users are free to make protected uses of the works of others once an agreement allowing those uses has expired. This is incorrect: see paragraph 41. Second, it ignores that the Board can impose the terms of a licence pursuant to subsection 70.2(2) of the *Act*.

[117] *La Commission ne peut pas imposer contre le gré d'un utilisateur la prorogation d'une entente volontaire lorsque celle-ci arrive à échéance.* Cette affirmation est erronée à au moins deux égards. Premièrement, elle suppose que les utilisateurs sont libres de faire des utilisations protégées des œuvres d'autrui une fois que l'entente autorisant ces utilisations expire. Cela est faux : voir le paragraphe 41. Deuxièmement, elle ignore que la Commission peut imposer les modalités d'une licence en vertu du paragraphe 70.2(2) de la *Loi*.

[118] *Access's entitlement to collect royalties is subject to the ordinary rules of contract law, and expires on the date specified in the agreement.* That entitlement is a function of the *Act*, not of a contract.[78] The contract merely sets the terms and conditions of that entitlement for the duration of the contract, where otherwise a court would be asked to do so *ex post facto* in an action for copyright infringement. The only thing that ends with the contract is the user's entitlement to use the repertoire, not the rights holder's entitlement to be paid.

[119] *This matter should be left to the marketplace.* To the extent possible, this decision does so. Institutions retain the option not to deal with Access. The marketplace continues to exist. Institutions simply must ensure that they do not use the repertoire of Access without a licence.

[120] *The Board may, instead of a tariff, recommend a template for a license that Access and Institutions might use if they wish to enter into contractual relations.* The Board renders decisions, it does not recommend templates. Neither can the interim decision just make it possible to reach voluntary arrangements.

[121] *Teachers and students will be affected.* The only effect of the tariff on these users is to ensure that they are not subject to prosecutions for copyright violation if they make certain protected uses and if their Institution complies with the tariff.

[122] *The interim tariff could apply longer than the main tariff Access applied for.* To the extent that this is even possible, the issue is simply avoided by ensuring that the interim tariff cease to apply on the earlier of December 31, 2013 and the date a final tariff is certified.

[118] *Le droit d'Access de percevoir des redevances est assujetti aux règles contractuelles ordinaires, et il expire à la date prévue dans l'entente.* Ce droit découle de la *Loi*, et non d'un contrat.[78] Le contrat fixe simplement les modalités d'exercice de ce droit pour la durée du contrat, ce qu'un tribunal serait invité à établir après le fait dans le cadre d'une action pour violation du droit d'auteur en l'absence de contrat. Tout ce qui prend fin avec le contrat est le droit de l'utilisateur d'utiliser le répertoire, et non le droit du titulaire d'être payé.

[119] *Cette affaire devrait être laissée aux forces du marché.* Dans la mesure du possible, c'est ce que fait la présente décision. Les établissements gardent l'option de ne pas traiter avec Access. Le marché continue d'exister. Les établissements doivent simplement s'assurer de ne pas utiliser le répertoire d'Access sans licence.

[120] *La Commission peut recommander un modèle de licence, au lieu d'un tarif, qu'Access et les établissements pourraient utiliser s'ils désirent établir des rapports contractuels.* La Commission rend des décisions; elle ne recommande pas des modèles. La décision provisoire ne peut pas non plus simplement permettre de conclure des ententes volontaires.

[121] *Les enseignants et les étudiants seront touchés.* Le seul effet du tarif à leur égard est de garantir qu'ils ne feront pas l'objet de poursuites pour violation du droit d'auteur s'ils se livrent à certaines utilisations protégées et si leur établissement respecte le tarif.

[122] *Le tarif provisoire pourrait s'appliquer plus longtemps que le tarif principal demandé par Access.* Si l'on suppose que cela est même possible, la question est simplement évitée en s'assurant que le tarif provisoire cesse de s'appliquer le 31 décembre 2013 ou à la date de l'homologation du tarif définitif, selon la première éventualité.

[123] *The proposed tariff's information distribution, reporting, attribution and audit requirements are excessive.* These complaints are premature; in the interim tariff, the Institutions' obligations remain as before. The same is true of most other controversies between the parties.

[124] AUCC asked that all current audit and sampling requirements be abandoned so as to prevent Access from circumventing any survey protocol arrived at for the purpose of adducing evidence in these proceedings. On the contrary, we find there is no need to depart from the current licences. Audits and sampling serve other purposes than setting a tariff. Any risk of abuse is greatly reduced given that the current agreements, reflected in the interim tariff, already limit what Access can do with the information so obtained.

[125] Some Objectors complained that Access was attempting to change the rules applying to coursepacks. Access replied that a disagreement may exist as to what precisely those rules are. We have opted to use the words of the existing licences, leaving it for later (or to others) to settle precisely what the so-called 2(b) licences authorize.[79]

[126] Once a reprographic licence or tariff is in place, section 38.2 of the *Act* caps the financial remedy for making any unauthorized use of a work not in the repertoire to the price set in the licence or tariff. Professor Katz argues that this prejudices the rights of non members. That argument misses several important points. First, the fact that section 38.2 provides as it does shows that the existence of a cap, far from being a problem, is precisely what Parliament is looking for. Second, prices will not be capped at the interim rates on a permanent basis. Third, the cap limits the available financial compensation

[123] *Les exigences de diffusion de l'information, de rapport, d'attribution et de vérification prévues dans le projet de tarif sont excessives.* Ces plaintes sont prématurées; dans le tarif provisoire, les obligations des établissements restent les mêmes. Il en va de même pour la plupart des autres questions litigieuses opposant les parties.

[124] AUCC a demandé que toutes les exigences actuelles de vérification et d'échantillonnage soient abandonnées afin qu'Access ne puisse contourner un éventuel protocole d'enquête établi pour recueillir de la preuve dans ces procédures. Nous estimons au contraire qu'il n'est pas nécessaire de nous éloigner des licences actuelles. Les vérifications et l'échantillonnage ne servent pas qu'à établir un tarif. Les risques d'abus sont grandement réduits puisque les ententes en vigueur, reflétées dans le tarif provisoire, limitent déjà ce qu'Access peut faire avec les renseignements ainsi obtenus.

[125] Certains opposants se sont plaints du fait qu'Access essayait de modifier les règles applicables aux recueils de cours. Access a répondu qu'il semble exister un désaccord quant à ce que ces règles prévoient précisément. Nous avons choisi d'utiliser le libellé des licences en vigueur, réservant pour plus tard (ou à d'autres) le soin de déterminer précisément ce que les licences délivrées en vertu de l'alinéa 2b) autorisent.[79]

[126] Une fois une licence ou tarif de reprographie en place, l'article 38.2 de la *Loi* plafonne ce qu'il faut payer pour une utilisation non autorisée d'une œuvre qui ne figure pas dans le répertoire au montant établi dans la licence ou le tarif. Le professeur Katz soutient que cela porte atteinte aux droits des non-membres. Cet argument omet plusieurs points importants. Premièrement, le fait que l'article 38.2 soit ainsi libellé démontre que l'existence d'un plafond, loin d'être un problème, est précisément ce que le législateur souhaite. Deuxièmement, les prix ne seront pas plafonnés aux taux provisoires sur une

but does not deprive the copyright owner of other remedies, such as the right to seek an injunction. Any subsequent violation is then subject to the usual sanctions that apply when a person breaches an injunction.

base permanente. Troisièmement, le plafond limite la compensation pécuniaire sans priver le titulaire de droits des autres recours, comme le droit de demander une injonction. Toute violation subséquente fait alors l'objet des sanctions habituelles qui s'appliquent lorsqu'une personne viole une injonction.

[127] Professor Katz also argued that no interim tariff should be adopted since it was far from certain a tariff would be certified in the end. Objections in this case pertain among other things to the ability of the Board to impose the proposed tariff. A final decision could not retroactively remedy that problem if an interim tariff is adopted. In our view, the proposition that the Board cannot (or will not) certify a tariff in this instance is highly debatable, since Access is entitled in principle to a tariff as soon as *some* Institutions *may* use the repertoire of Access; the rest is a matter of terms and conditions. The proposition that a final decision declining to certify a tariff cannot retroactively remedy the effects of an interim tariff is plainly wrong: all that is needed is to order Access to refund what was paid pursuant to the tariff and to return whatever information may have been supplied pursuant to its terms and conditions.[80]

[127] Le professeur Katz a aussi fait valoir qu'aucun tarif provisoire ne devrait être adopté puisqu'il est loin d'être certain qu'un tarif soit homologué en bout de ligne. Les objections en l'espèce portent notamment sur la capacité de la Commission d'imposer le projet de tarif. Une décision définitive ne peut pas rétroactivement remédier à ce problème si un tarif provisoire est adopté. À notre avis, la thèse selon laquelle la Commission ne peut pas homologuer un tarif en l'espèce (ou ne le fera pas) est très discutable puisque Access a droit, en principe, à un tarif dès que *certains* établissements *pourraient* utiliser son répertoire; pour le reste, il s'agit d'une question de modalités. La thèse selon laquelle une décision définitive de refuser d'homologuer un tarif ne peut pas rétroactivement remédier aux effets d'un tarif provisoire est tout simplement fausse : il suffit d'ordonner à Access de rembourser ce qui a été payé en vertu du tarif et de retourner les renseignements fournis en vertu de ses modalités.[80]

[128] The Objectors raised certain constitutional questions that we do not address. They appear to question the constitutionality of some provisions of the *Act*, and as a result notice should have been given pursuant to section 57 of the *Federal Courts Act*.[81]

[128] Les opposants ont soulevé certaines questions constitutionnelles dont nous ne traitons pas. Ils semblent remettre en question la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi*, et par conséquent, un avis aurait dû être donné en vertu de l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*.[81]

VII. TARIFF WORDING

VII. LIBELLÉ DU TARIF

[129] A few additional comments are warranted on the wording of the tariff.

[129] Des commentaires additionnels sont de mise au sujet du libellé du tarif.

[130] The Note to readers outlines a few basic principles. Given the misapprehensions displayed

[130] Les Notes au lecteur énoncent quelques principes fondamentaux. Comme certains

by certain participants as to the impact of a tariff, we find it helpful to mention them.

[131] The tariff tracks the AUCC model licence to the extent possible. Changes were made only where necessary. For example, the definition of FTE in the AUCC model licence is premised on an Institution providing certain information to Statistics Canada. Since some may not supply that information, an alternative, taken from the proprietary colleges licence, is offered. The tariff sets the date by which an Institution must report its FTE number at the latest one provided in the existing agreements, leaving Institutions free to report at an earlier time. It also sets higher rates for proprietary colleges to reflect the current state of affairs. Finally, all provisions dealing with the term, renegotiation and termination of the licence were deleted as irrelevant.

[132] Reporting requirements deserve a special mention. Objectors seemed to take the position that existing requirements might suddenly compromise academic freedom and privacy once they were transferred from licences to a tariff. With Access, we fail to see why.

[133] Wherever the AUCC model licence left it open for an Institution and Access Copyright to agree on certain terms, the terms of the latest agreement in force between each Institution and Access are incorporated by reference to the tariff, unless both parties come to a different agreement: see for example section 15.1.

[134] We deleted paragraph 2(c) for two reasons. First, its purpose is unclear: it seems to authorize the commercialization of coursepacks, which appears to us incompatible with the rest of the licence. If that interpretation is correct, the

participants ont mal compris les répercussions d'un tarif, nous croyons utile de les mentionner.

[131] Le tarif suit la licence type d'AUCC dans la mesure du possible. Des modifications ont été apportées seulement au besoin. Par exemple, la définition de ETP dans la licence type d'AUCC est fondée sur les renseignements que peut fournir un établissement à Statistique Canada. Comme certains établissements pourraient ne pas fournir ces renseignements, une autre solution, tirée de la licence intervenue avec des collèges indépendants, est offerte. Le tarif fixe la date à laquelle un établissement doit rapporter le nombre d'ETP à la plus tardive des dates prévues dans les ententes en vigueur, laissant les établissements libres de le faire avant. Il établit également des taux plus élevés pour les collèges indépendants dans le but de refléter la situation actuelle. Enfin, toutes les dispositions relatives à la durée, la renégociation et la résiliation de la licence ont été supprimées parce qu'elles n'étaient pas pertinentes.

[132] Les exigences en matière de rapport méritent une mention spéciale. Les opposants semblaient être d'avis que les exigences déjà en place risquaient tout à coup de compromettre la liberté universitaire et la protection de la vie privée à partir du moment où elles seraient incorporées à un tarif plutôt qu'à des licences. Tout comme Access, nous ne voyons pas pourquoi cela se produirait.

[133] Partout où la licence type d'AUCC permet à un établissement et à Access de s'entendre sur certaines modalités, les modalités de la dernière entente en vigueur entre l'établissement et Access sont incorporées par renvoi dans le tarif, à moins que les parties en conviennent autrement : voir par exemple l'article 15.1.

[134] Nous avons supprimé l'alinéa 2c) pour deux raisons. Premièrement, son objet n'est pas clair : il semble autoriser la commercialisation des recueils de cours, ce qui nous paraît incompatible avec le reste de la licence. Si cette

provision may open the door to an unwarranted extension of the ambit of the tariff. Second, paragraph 2(c) was mentioned only peripherally in the parties' submissions; its purpose was never addressed. The provision can be reinstated later on if the parties so wish.

[135] For the reasons stated earlier, the Exclusions List is maintained. To ensure that it is available to the greatest number of persons and Institutions, the list is to be posted on Access Copyright's website. Our decision contains other measures, meant to ensure the widest possible circulation and availability of the relevant information, that require no further explanation.

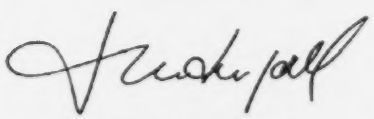
[136] Schedule G of the interim tariff offers Institutions the option to licence digital copies pursuant to the interim tariff. All digital copies made pursuant to Schedule G are subject to the protection measures set out in the draft interim tariff filed by Access, including restrictions on access and the use of a secure network, all of which reflect the proposed tariff. These conditions are *prima facie* necessary given the inherent characteristics of any digital copy. They do not impose any undue burden on the Institutions for two reasons. First, an Institution's resort to Schedule G is at its sole option. Second, the Schedule clearly provides that the Institution need not comply with the Schedule in respect of copies for which the Access licence is not required.

interprétation est correcte, la disposition ouvre la porte à une extension injustifiée de l'étendue du tarif. Deuxièmement, l'alinéa 2c) a seulement été cité de façon incidente dans les observations des parties; son objet n'a jamais été abordé. La disposition peut être rétablie plus tard si les parties le désirent.

[135] Pour les raisons susmentionnées, la liste des ouvrages exclus est conservée. Pour que le plus grand nombre de personnes et d'établissements puissent consulter la liste, celle-ci sera affichée sur le site Web d'Access Copyright. Notre décision contient d'autres mesures, lesquelles visent à assurer la plus grande diffusion et accessibilité possibles des renseignements pertinents, qui se passent d'explications.

[136] L'annexe G du tarif provisoire donne aux établissements le choix d'obtenir une licence pour les copies numériques en vertu du tarif provisoire. Toutes les copies numériques faites en application de l'annexe G sont assujetties aux mesures de protection énoncées dans l'ébauche de tarif provisoire déposé par Access, y compris les restrictions rattachées à l'accès et à l'utilisation d'un réseau sécurisé, lesquelles reflètent le projet de tarif. Ces modalités sont, à première vue, nécessaires en raison des caractéristiques inhérentes de toute copie numérique. Elles n'imposent pas un fardeau excessif aux établissements, et ce, pour deux raisons. Premièrement, le recours d'un établissement à l'annexe G est à la discrétion de ce dernier. Deuxièmement, l'annexe prévoit clairement que l'établissement n'a pas à se conformer aux dispositions de l'annexe relativement aux copies pour lesquelles une licence d'Access n'est pas requise.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. R.S.C. 1985, c. C-42 ("*Act*").

2. Access December 15 reply at 2.

3. [1989] 1 S.C.R. 1722. [*Bell Canada*]

4. *Ibid.* at 1754.

5. *SODRAC v. MusiquePlus inc.* (22 November 1999) Copyright Board Decision at 2 [*MusiquePlus*]; *SOCAN-NRCC Tariff 1.A (Commercial Radio) for the Years 2003 to 2007* (24 November 2006) Copyright Board Decision at para. 11 [*Commercial Radio 2006*]; *AVLA/SOPROQ (Commercial Radio) for the Years 2008 to 2011* (29 February 2008) Copyright Board Decision at para. 3 [*AVLA*]; *SODRAC v. SRC* (31 March 2009) Copyright Board Decision at para. 9 [*SRC*]; *SODRAC v. Les chaînes Télé Astral and Teletoon Inc.* (14 December 2009) Copyright Board Interim Decision at 3 [*Astral*].

6. *MusiquePlus*, *supra* note 5 at 2; *Astral*, *supra* note 5 at 3.

7. *Astral*, *supra* note 5 at 3.

8. *MusiquePlus*, *supra* note 5 at 2-3.

9. *Retransmission of Distant Radio and Television Signals for the Years 1992 to 1994* (28 February 1994) Copyright Board Reports at 242 [*Retransmission 1994*]; *AVLA*, *supra* note 5 at para. 3.

10. *Commercial Radio 2006*, *supra* note 5 at para. 11; *MusiquePlus*, *supra* note 5 at 2-3; *Retransmission 1994*, *supra* note 9 at 242.

NOTES

1. L.R.C. 1985, c. C-42 (« *Loi* »).

2. Access, réplique du 15 décembre à la p. 2.

3. [1989] 1 R.C.S. 1722. [*Bell Canada*]

4. *Ibid.* à la p. 1754.

5. *SODRAC c. MusiquePlus inc.* (22 novembre 1999) décision de la Commission du droit d'auteur à la p. 2 [*MusiquePlus*]; *SOCAN-SCGDV – Tarif 1.A (Radio commerciale) pour les années 2003 à 2007* (24 novembre 2006) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 11 [*Radio commerciale 2006*]; *AVLA/SOPROQ (Radio commerciale) pour les années 2008 à 2011* (29 février 2008) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 3 [*AVLA*]; *SODRAC c. SRC* (31 mars 2009) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 9 [*SRC*]; *SODRAC c. Les chaînes Télé Astral et Teletoon Inc.* (14 décembre 2009) décision provisoire de la Commission du droit d'auteur à la p. 3 [*Astral*].

6. *MusiquePlus*, *supra* note 5 à la p. 2; *Astral*, *supra* note 5 à la p. 3.

7. *Astral*, *supra* note 5 à la p. 3.

8. *MusiquePlus*, *supra* note 5 aux pp. 2-3.

9. *Retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision pour les années 1992 à 1994* (28 février 1994) Recueil des décisions de la Commission du droit d'auteur à la p. 242 [*Retransmission 1994*]; *AVLA*, *supra* note 5 au para. 3.

10. *Radio commerciale 2006*, *supra* note 5 au para. 11; *MusiquePlus*, *supra* note 5 aux pp. 2-3; *Retransmission 1994*, *supra* note 9 à la p. 242.

11. *Commercial Radio 2006*, *supra* note 5 at para. 20.

12. *Ibid.* at para. 21.

13. *AVLA*, *supra* note 5 at para. 4.

14. *Astral*, *supra* note 5 at 3-4, citing *SRC*, *supra* note 5 at para. 13. The Board has issued at least one interim licence for use of works whose copyright owner could not be located: *(Interim licence) Musée de la Civilisation, Quebec City, Quebec, authorizing the reproduction and translation of extracts from a book written by Ubald Paquin and a book written by Raymond Tanghe* (14 May 1992) Copyright Board Decision. In those instances, it goes without saying that the interim licence almost invariably changes the *status quo*.

15. *SRC*, *supra* note 5 at para. 13; *Astral*, *supra* note 5 at 3-4.

16. *ADISQ v. SODRAC* (28 May 2009) Copyright Board Decision at para. 8. [*ADISQ 2009*]

17. *Ibid.* at para. 12.

18. *MusiquePlus*, *supra* note 5 at 3; *Commercial Radio 2006*, *supra* note 5 at paras. 11, 21.

19. *Ruling of the Board denying CBRA's application for an interim tariff (Commercial 2000-2002)* (3 May 2001) Copyright Board Decision.

20. *SODRAC v. ADISQ* (31 August 1999) Copyright Board Decision at 5.

21. *Commercial Radio 2006*, *supra* note 5 at para. 13.

11. *Radio commerciale 2006*, *supra* note 5 au para. 20.

12. *Ibid.* au para. 21.

13. *AVLA*, *supra* note 5 au para. 4.

14. *Astral*, *supra* note 5 aux pp. 3-4, citant *SRC*, *supra* note 5 au para. 13. La Commission a accordé au moins une licence provisoire pour l'utilisation d'œuvres dont le titulaire du droit d'auteur était introuvable : *(Licence provisoire) Musée de la Civilisation, Québec (Québec), autorisant la reproduction et la traduction d'extraits d'un livre de Ubald Paquin et d'un livre de Raymond Tanghe* (14 mai 1992) décision de la Commission du droit d'auteur. Dans de tels cas, il va sans dire que la licence provisoire change presque invariablement le *statu quo*.

15. *SRC*, *supra* note 5 au para. 13; *Astral*, *supra* note 5 aux pp. 3-4.

16. *ADISQ c. SODRAC* (28 mai 2009) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 8. [*ADISQ 2009*]

17. *Ibid.* au para. 12.

18. *MusiquePlus*, *supra* note 5 à la p. 3; *Radio commerciale 2006*, *supra* note 5 aux para. 11, 21.

19. *Décision de la Commission rejetant la demande de tarif provisoire de la CBRA (Entreprises 2000-2002)* (3 mai 2001) décision de la Commission du droit d'auteur.

20. *SODRAC c. ADISQ* (31 août 1999) décision de la Commission du droit d'auteur à la p. 5.

21. *Radio commerciale 2006*, *supra* note 5 au para. 13.

22. This was necessary because any tariff the Board certifies must be effective for a period of one or more calendar years.

23. The interim tariff reflects those that are.

24. Above, at para. 14.

25. Coursepacks generate 75 per cent of royalties. Since those royalties are a price per page, Institutions are free to reduce their amount by reducing their consumption.

26. Access December 15 reply at 21 and Appendix C. Official statistics confirm this information: http://www.statcan.gc.ca/pub/81-582-x/2010004/tbl/tblb2.13-eng.htm.

27. The conduct of the University of Western Ontario in this respect is revealing: see *infra* note 61. See also below, at para. 34.

28. Presumably, if the Institutions were convinced that they owed nothing to Access, they would have taken action to assert their rights.

29. Indeed, in two of the regimes the Board administers, a certified tariff is automatically extended on an interim basis until a new tariff is certified for the same use: see ss. 68.2(3) and 70.18 of the *Act*.

30. ACCC and AUCC (rightly) concede that an interim tariff does not prevent Institutions from avoiding to pay the tariff by source licensing or by not using the repertoire: ACCC December 17 response at 3; AUCC December 17 response at 6.

22. Cette prolongation était nécessaire parce que tout tarif homologué par la Commission doit être en vigueur pour une ou plusieurs années civiles.

23. Le tarif provisoire reflète celles qui le sont.

24. Ci-dessus, au para. 14.

25. Les recueils de cours génèrent 75 pour cent des redevances. Comme ces redevances sont déterminées conformément au prix par page, les établissements peuvent en réduire le montant en réduisant leur consommation.

26. Access, réponse du 15 décembre à la p. 21 et annexe C. Des statistiques officielles confirment ces renseignements : http://www.statcan.gc.ca/pub/81-582-x/2010004/tbl/tblb2.13-fra.htm.

27. La conduite de l'Université Western Ontario à cet égard est révélatrice : voir *infra* note 61. Voir aussi ci-dessous, au para. 34.

28. On peut supposer que si les établissements étaient convaincus qu'ils ne devaient rien à Access, ils auraient pris des mesures pour faire valoir leurs droits.

29. D'ailleurs, dans deux des régimes administrés par la Commission, l'application d'un tarif homologué est automatiquement prolongée à titre provisoire jusqu'à ce qu'un nouveau tarif soit homologué pour la même utilisation : voir art. 68.2(3) et 70.18 de la *Loi*.

30. ACCC et AUCC concèdent (à juste titre) qu'un tarif provisoire n'empêche pas les établissements d'éviter de payer le tarif en libérant des droits à la source ou en n'utilisant pas le répertoire : ACCC, réponse du 17 décembre à la p. 3; AUCC, réponse du 17 décembre à la p. 6.

31. *Act*, s. 70.191.

32. *Retransmission 1994*, *supra* note 9 at 242.

33. Thus subsection 373(2) of the *Federal Court Rules* provides that the party applying for an interlocutory injunction must undertake to abide by any order "concerning damages caused by the granting or extension of the injunction".

34. *Act*, ss. 68.2(3) and 70.18.

35. *Bell Canada*, *supra* note 3 at 1754.

36. A tariff is a "decision": *Act*, s. 68(4)(*b*).

37. *Act*, s. 66.52.

38. In this sentence, references are to the *Act* as it now stands.

39. *Act*, s. 73(1).

40. *Act*, s. 78.

41. *Act*, ss. 68(3) and 68.1.

42. *Act*, s. 70.15.

43. *Act*, s. 73(1).

44. *Act*, s. 83(8).

45. In the result, the Board cannot vary decisions made pursuant to ss. 77(1) or 78 of the *Act*.

46. "[T]he Board possesses the incidental powers which are necessary and inexorably linked to the exercise of its function" (not underlined in the original) *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 at 123j.

31. *Loi*, art. 70.191.

32. *Retransmission 1994*, *supra* note 9 à la p. 242.

33. Ainsi, le paragraphe 373(2) des *Règles des Cours fédérales* prévoit que la partie qui présente une requête pour l'obtention d'une injonction interlocutoire s'engage à se conformer à toute ordonnance « concernant les dommages-intérêts découlant de la délivrance ou de la prolongation de l'injonction ».

34. *Loi*, art. 68.2(3) et 70.18.

35. *Bell Canada*, *supra* note 3 à la p. 1754.

36. Un tarif est une « décision » : *Loi*, art. 68(4).

37. *Loi*, art. 66.52.

38. Dans cette phrase, les références sont à la *Loi* actuellement en vigueur.

39. *Loi*, art. 73(1).

40. *Loi*, art. 78.

41. *Loi*, art. 68(3) et 68.1.

42. *Loi*, art. 70.15.

43. *Loi*, art. 73(1).

44. *Loi*, art. 83(8).

45. Par conséquent, la Commission ne peut modifier les décisions prises en vertu des art. 77(1) ou 78 de la *Loi*.

46. « [L]a Commission possède les pouvoirs connexes qui sont nécessairement et inexorablement liés à l'exercice de sa fonction » (non souligné dans l'original) *Réseau de télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 à la p. 123j.

47. *Act* s. 68(4) as it stood then. The original provision was s. 10B(4) of the *Copyright Amendment Act, 1931*, 1931 S.C. c. 8, as enacted by 1938 S.C. c. 28, s. 2.

48. *Act*, s. 66.7.

49. *Supra* note 3 at 1754.

50. *Act*, ss. 73(1)(*b*) and 74(1).

51. *Act*, s. 68(2)(*a*)(iii).

52. Above, at para. 16.

53. Of course, what is the *status quo* may not always be obvious: see for example *Commercial Radio 2006*, *supra* note 5.

54. The first three are *Ruling on CBRA's Application for an Interim Tariff* (3 May 2001), *Ruling of the Board* (11 June 2003) and *AVLA/SOPROQ*, *supra* note 5. The fourth is *CSI – Online Music Services, 2008* (22 April 2008).

55. *Act*, s. 68.2.

56. *Act*, s. 67.1(4).

57. *Astral*, *supra* note 5 at 3.

58. *MusiquePlus*, *supra* note 5 at 2-3.

59. Given the Objectors' insistence that Access provide more reliable evidence in support of its application, this is somewhat surprising.

60. For the purpose of this decision, we disregard the four-month extension Starting September 1, 2010.

47. *Loi,* art. 68(4) tel qu'il se lisait alors. La disposition originale était l'art. 10B(4) de la *Loi modificative du droit d'auteur de 1931*, 1931 S.C. c. 8, édicté par 1938 S.C. c. 28, art. 2.

48. *Loi*, art. 66.7.

49. *Supra* note 3 à la p. 1754.

50. *Loi*, art. 73(1)*b*) et 74(1).

51. *Loi*, art. 68(2)*a*)(iii).

52. Ci-dessus, au para. 16.

53. Bien entendu, le *statu quo* n'est pas toujours évident : voir par exemple *Radio commerciale 2006*, *supra* note 5.

54. Les trois premières décisions sont *Décision de la Commission rejetant la demande de tarif provisoire de la CBRA* (3 mai 2001), *Décision de la Commission* (11 juin 2003) et *AVLA/SOPROQ*, *supra* note 5. La quatrième est *CSI – Services de musique en ligne, 2008* (22 avril 2008).

55. *Loi*, art. 68.2.

56. *Loi,* art. 67.1(4).

57. *Astral*, *supra* note 5 à la p. 3.

58. *MusiquePlus*, *supra* note 5 aux pp. 2-3.

59. Compte tenu de l'insistance des opposants pour qu'Access fournisse une preuve plus fiable à l'appui de sa demande, cela est assez surprenant.

60. Aux fins de la présente décision, nous ne tenons pas compte de la prorogation de quatre mois ayant débuté le 1er septembre 2010.

61. See Access December 15 reply at 22.

62. Alberta also relied on the fact that few Institutions signed an interim agreement for the Gap Period as evidence of a significant shift in copying habits. Access rightly points out that this may just as well show a collective assertion of monopsony power intended to erode the resolve of Access and its affiliates. That action in turn seems based on what might be a serious misapprehension of the meaning of section 70.17 of the *Act*, as discussed above in paras. 72 to 78.

63. *Copyright Modernization Act*, Second Reading and referred to a legislative committee, November 5, 2010.

64. *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339. [*CCH*]

65. *Access Copyright (Educational Institutions) 2005-2009* (26 June 2009) Copyright Board Decision. [*Access K-12*]

66. *Commercial Radio 2006*, *supra* note 5 at para. 21.

67. A significant difference may exist between this instance and *AVLA*, *supra* note 5. In *AVLA*, it was highly probable that the same rights holders would receive the same share of royalties for commercial radio reproductions as for existing tariffs (commercial radio performance of sound recordings, private copying), since radio air play is an important factor in determining royalty distribution in all these cases. Put another way, any subsidization was from one tariff to another, not from a

61. Voir Access, réplique du 15 décembre à la p. 22.

62. L'Alberta s'est aussi fondée sur le fait que peu d'établissements ont signé une entente provisoire à l'égard de la période intermédiaire comme preuve d'un changement important dans les habitudes en matière de copie. Access signale à juste titre que cela peut tout aussi bien démontrer une affirmation commune de monopsone dont l'objectif est de miner la détermination d'Access et ses affiliés. La démarche semble reposer sur ce qui pourrait être une fort mauvaise interprétation de l'article 70.17 de la *Loi*, comme il en est question précédemment aux para. 72 à 78.

63. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, deuxième lecture et renvoi à un comité législatif, le 5 novembre 2010.

64. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339. [*CCH*]

65. *Access Copyright (Établissements d'enseignement) 2005-2009* (26 juin 2009) décision de la Commission du droit d'auteur. [*Access K-12*]

66. *Radio commerciale 2006*, *supra* note 5 au para. 21.

67. Il pourrait y avoir une grande différence entre la présente affaire et *AVLA*, *supra* note 5. Dans *AVLA*, il était fort probable que les mêmes titulaires reçoivent la même part des redevances tant pour les reproductions faites par des stations de radio commerciale qu'en vertu des tarifs déjà en vigueur (communication d'enregistrements sonores par des stations de radio commerciale, copie privée), le temps d'antenne étant un facteur important pour déterminer la distribution des

set of rights holders to another. Here, the opposite probably is true: the author of a university treatise on physics or constitutional law receives no royalties from primary schools, and the author of a book destined to teach kindergartners to read receives no royalties from universities.

redevances dans tous ces cas. En d'autres termes, le transfert subventionnel s'opérait d'un tarif à un autre, pas d'un groupe de titulaires à un autre. En l'espèce, le contraire est probablement vrai : l'auteur d'un traité universitaire sur la physique ou le droit constitutionnel ne reçoit aucune redevance des établissements d'enseignement primaire et l'auteur d'un livre qui vise à apprendre aux élèves de maternelle à lire ne reçoit aucune redevance des universités.

68. *Canadian Association of Broadcasters v. SOCAN* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (F.C.A.) at 196.

68. *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. SOCAN* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.) à la p. 196.

69. Access December 22 reply at 7.

69. Access, réplique du 22 décembre à la p. 7.

70. *Public Performance of Music* (6 December 1993) Copyright Board Decision at 358, 362, where the Board declined to allow source clearance of television music because "the balance of power would be too unfavourable to the rights owners in the Canadian market."

70. *Exécution publique de la musique* (6 décembre 1993) décision de la Commission du droit d'auteur aux pp. 358, 362, où la Commission a refusé de permettre la libération des droits à la source pour l'exécution publique de musique parce que « le rapport de force serait trop défavorable aux détenteurs de droits dans le marché canadien. »

71. What is or not in the repertoire of Access as a matter of law, either directly or by implication, need not be addressed at this point.

71. À ce stade, il n'est pas nécessaire d'examiner ce qui, de droit, figure ou non dans le répertoire d'Access, directement ou indirectement.

72. *ADISQ 2009*, *supra* note 16 at para. 12.

72. *ADISQ 2009*, *supra* note 16 au para. 12.

73. *Access K-12*, *supra* note 65 at paras. 178-183.

73. *Access K-12*, *supra* note 65 aux para. 178-183.

74. *ADISQ 2009*, *supra* note 16 at para. 8.

74. *ADISQ 2009*, *supra* note 16 au para. 8.

75. Since Access did not serve its application on all those who had attempted to object to the proposed tariff, the Institutions had more time to prepare than other Objectors. That cannot be undone. Therefore, the sufficiency of the time allowed for

75. Comme Access n'a pas signifié sa demande à tous ceux qui avaient tenté de s'opposer au projet de tarif, les établissements ont eu plus de temps pour se préparer que les autres opposants. Cela est irréversible. Par conséquent, il faut

Objectors to respond to the application must be assessed based on the shorter period, as we do here.

déterminer si les opposants ont eu suffisamment de temps pour répondre à la demande en fonction de la plus courte période, comme nous le faisons en l'espèce.

76. [1999] 2 S.C.R. 817 at paras. 21-28. See Access December 15 reply, at 4-5.

76. [1999] 2 R.C.S. 817 aux para. 21-28. Voir Access, réplique du 15 décembre aux pp. 4-5.

77. *Supra* note 3.

77. *Supra* note 3.

78. It is therefore also a fallacy to pretend that a licence or tariff, interim or otherwise, grants the right to be paid to a collective subject to the general regime.

78. Il est donc faux de prétendre qu'une licence ou un tarif, provisoire ou autre, confère le droit d'être payé à une société de gestion assujettie au régime général.

79. *ADISQ 2009*, *supra* note 16 at para. 8.

79. *ADISQ 2009*, *supra* note 16 au para. 8.

80. One should always keep in mind that those terms and conditions are virtually identical to those agreed to by the Institutions for over 15 years.

80. Il ne faut jamais oublier que ces modalités sont pratiquement identiques à celles convenues par les établissements depuis plus de 15 ans.

81. R.S.C. c. F-7.

81. L.R.C. c. F-7.